بداية المجتهد في أحكام الأسرة الإسلامية

الزواج

زكريا البري

أستاذ كرسي ورئيس قسم الشريعة الإسلامية / حقوق القاهرة

عضو مجمع البحوث الإسلامية ولجنة الفتوى في الأزهر

التوزيع: هاتف / ٠١١٣٦٨٩٩٥٤

بداية المجتهد

٢١٧٤
ب ز ب

فى أحكام الأسرة الإسلامية

مع شرح ونقد القانون ١٠٠ لسنة ١٩٨٥

زكريا البرى

أستاذ كرسى ورئيس قسم الشريعة الاسلامية
حقوق القاهرة
عضو مجمع البحوث الاسلامية ولجنة الفتوى بالازهر
المحامى بجميع المحاكم العليا

الجزء الأول ــ الزواج

مطبعة دار التأليف ٨ شارع يعقوب بمصر ت : ٩٠٤١٨٢٥



بسم الله الرحمن الرحيم

فاتحـــة الكتـــاب

نحمدك اللهم ونستعينك ، ونستهديك ونتوكل عليك ، ونصلى ونسلم على خاتم أنبيائك ورسلك ، من أرسلته رحمة للعالمين : هاديا ومبشرا ونـــذيرا .

٥٨٣٠ عام

وبعد ــ فهذه خلاصة المحاضرات التى ألقيتها على طلاب الفرقة الثانية بكلية الحقوق بجامعة القاهرة ، فى أحكام الأسرة الاسلامية .

وقد بينت فيها الآراء الفقهية المختلفة ، والمعمول به قانونا فى مصر ، وهو أرجح الأقوال من مذهب الامام أبى حنيفة ، فيما عدا الأحوال التى ينص فيها القانون على قواعد خاصة ، طبقا لما نصت عليه المادة ٢٨٠ من المرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ ؛ كما أشرت أحيانا إلى المعمول به فى بعض البلاد العربية ، وما تتجه إليه مشروعات القوانين التى أعدت فى هذا الشأن ، ومنها مشروع أعده مجلس وزراء العدل العرب بالرباط .

وقد عنونتها بأحكام الأسرة ، من أول الأمر ، عنـــد الشروع فى كتابتها مذكرات للطلبة ، بكلية الحقوق ، بجامعة القـــاهرة ــ فرع الخرطوم . وهو ما تتجه إليه التسمية الآن ؛ ومن ذلك المشروع الذى أعدته لجنة كبار فقهاء مصر ، برياسة شيخ الفقهاء الأستاذ الشيخ

فرج السنهورى ، وعدلت عما شاع وساد واشتهر من تسميتها بالأحوال الشخصية ، ترجمة للفظ الافرنجي والاصطلاح الاوروبى ، الذى يصر عليه ببغاوات الغرب والموالون لتراثه وثقافته •

والله ولى التوفيق ، والهادى إلى أقوم طريق ،،

زكريا البرى

مصر الجديدة
« المحراب »
شوال ١٤٠٥
يوليو ١٩٨٥

الزواج

حكمة مشروعيته :

١ ــ قد قضت الحكمة والارادة الالهية والفطرة التى فطر الله الناس عليها بضرورة الاجتماع والاتصال بين الرجل والمرأة ، حتى يكون من ذرية تتوالد وتتناسل ، وتعبد الله ، وتعمل فى عمارة الكون واستغلال ثرواته وتحقيق السعادة والرفاهية لعباده ، إلى أن يرث الله الأرض ومن عليها ، وهو خير الوارثين ، وكان اتباع شريعة الاسلام فى هذا كله هو العبادة بمعناها العام .

وكرم الله الانسان ، فلم يترك ذكره وأنثاه يجتمعان كما يجتمع ذكر الحيوان بأنثاه ، بل شرع الزواج وسيلة إلى ذلك ، ورتب عليه حقوقا وواجبات ، ليتحقق من الاجتماع بينهما مودة ورحمة ، وتحصين واعفاف ، وليكون من ذلك ذرية طيبة قوية تجد فى كنف الوالدين الرعاية الكاملة .

ولو أن أمر الانسان فى ذلك ترك بلا ضابط ولا نظام ، لترتبت مفاسد لا تحصى ، ولما وجدت الذرية المشتركة الشائعة التى تتوالد عن هذه الفوضى كامل الرعاية والعناية ، فشأن الاشتراك ضعف الشعور بالمسئولية ، ومحاولة كل شريك إلقاء العبء على غيره ، وتقصير كل منهم اعتمادا على قيام الآخر بواجبه ، مما يترتب عليه الضياع والفساد ، فضلا عن تفكك المجتمع واختلاله ، وإنعدام العواطف

وروح التعاون التى ينميها نداء القرابة . ووحدة الدم فى نظام الأسرة(١) .

حكمـــه :

٢ — (أ) الزواج حال اعتدال المزاج سنة مؤكدة فى رأى جمهور الفقهاء .

ويرى بعض الشافعية وبعض الزيدية (٢) من الشيعة أنه مباح ، يجوز فعله وتركه كغيره من المباحات .

ويرى الظاهرية أنه فرض على القادر عليه من الرجال .

أما الظاهرية فيستدلون بظواهر النصوص التى وردت فى هذا الشأن مثل قوله تعالى : « فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع » وقوله — ﷺ — . « يا معشر الشباب ، من استطاع منكم الباءة (٣) فليتزوج ، فانه أغض للبصر ، وأحصن للفرج . ومن لم

---

(١) دعت الاهرام فى الستينيات رجلا منحلا ومعه عشيقته وعشيقها الاحتياطى ، وتحدثت هذه المراة عن حزنها لسجن المراة المصرية فى سجن الزواج ، ونشر هذا على الرأى العام ، وتجد اثرا لفجورها فى فجور بعض السيدات وما يكتبنه عن انحلالهن فى الماضى والحاضر .

(٢) الزيدية موجودون فى اليمن ، ومذهبهم من المذاهب الشيعية الاسلامية المقبولة . واختلافاتهم المذهبية مع غيرهم تقوم على منهج علمى مقبول ، أما غيرهم فان الخلاف عندهم يعتمد على اسس باطلة ، ومن اسبابه الشعوبية التى تعنى اعتزازهم بأصلهم وتاريخه على حساب المبادىء الاسلامية ، واتخاذهم التشيع المغالى للامام على بن أبى طالب ستارا يحاولون به اخفاء شعوبيتهم ، وهم — جماعات وأفرادا — على مراتب فى هذا الغلو الذى غرس شجرته يهودى شرير .

ونحن فى مصر نعتز ونوالى ونحب حبا جما رسول الله ﷺ — وصهره وابن عمه ورابع الخلفاء الراشدين على بن ابى طالب وذريته ، دون أن نتخذ من ذلك وسيلة لكره غيره من الخلفاء الراشدين وصحابة رسول الله ، عليهم رضوان الله اجمعين .

(٣) الباءة : مطالب الزواج وما يقتدر به عليه .

يستطع فعليه بالصوم ، فانه له وجاء (١) » فقد طلب الزواج بصيغة الأمر ، والأمر يدل على الوجوب (٢) .

وأما فريق الشافعية والزيدية فيقولون : أن الزواج أمر دنيوى يحقق مطالب الجسد كالأكل والشرب واللبس ، ويسد به الانسان حاجته ، ويشبع غريزته ، كما يسد بالأكل والشرب حاجته . ومن يعمله فانما يعمله بدافع غريزى ، ولهذا يكون من المؤمن وغير المؤمن ، ومن الصالح والطالح ، وذلك شأن المباحات . وأوامر الشارع محمولة لذلك على الاباحة ، مثل قوله تعالى : « كلوا واشربوا » أما المندوبات فانها نوع من العبادة الروحية ، يختص به المؤمن ، ويثاب عليه ، وليس الزواج كذلك .

وأما جمهور الفقهاء فيرون أن هذه الأوامر ليست للوجوب واللزوم كما يقول الظاهرية ، بل هى للندب والطلب غير اللازم ، بدليل ما روى من أن ثلاثة رهط (٣) جاءوا إلى بيوت أزواج النبى — ﷺ — يسألون عن عبادته ، فلما أخبروا بها كأنهم تقالوا — أى رأوها قليلة — فقالوا : وأين نحن من النبى — ﷺ — ؟ قد غفر الله له ما تقدم من ذنبه وما تأخر ، وقال أحدهم : أما أنا فانى أصلى الليل أبدا ، وقال آخر : وأنا أصوم الدهر ولا فطر ، وقال آخر : وأنا أعتزل النساء فلا أتزوج ، فجاء رسول الله — ﷺ — فقال : أنتم الذين قلتم كذا وكذا ؟ أما والله

---

(١) وجاء : وقاية .

(٢) يقول ابن حزم الظاهرى : « وفرض على كل قادر على الوطء ، أن وجد ما يتزوج به أن يفعل ، فان عجز عن ذلك فليكثر من الصوم ، وهو قول جماعة من السلف (نيل الاوطار — بتصرف ص ٨٩ جـ ٦) وانظر المحلى جـ ٢ ص ٤٤٠ .

(٣) الرهط : ما دون العشرة من الرجال .

إنى لاخشاكم الله وأتقاكم له . لكنى أصوم وأفطر ، وأصلى وأرقد ، وأتزوج النساء ، فمن رغب عن سنتى فليس منى (١) » ولم يرو عنه — ﷺ — فى هذه الرواية ولا غيرها ايجاب الزواج وتحتيمه .

وإذا كانت هذه الأوامر لا تفيد الوجوب لما ذكرنا ، فانها لا تفيد الاباحة فقط كما يقول فريق الشافعية والزيدية ، لأن الرسول قد حث عليه ورغب فيه بمثل قوله : « تزوجوا فانى مكاثر بكم الأمم » وبمثل ما رواه قتادة من أن النبى — ﷺ — نهى عن التبتل (٢) . وتلا قتادة قوله تعالى : « ولقد أرسلنا رسلا من قبلك وجعلنا لهم أزواجا وذرية » مما لا تتفق معه دعوى الاباحة . وليس شأن الزواج كشأن الأكل والشرب ، فان فى الزواج قياما بحق الغير من الزوجة والولد (٣) .

(ب) وقد يعرض للزواج — بالنسبة لشخص معين — الحكم بكراهته . وذلك إذا خاف الشخص وغلب على ظنه أنه يظلم من يتزوجها .

(ج) وقد يعرض للزواج الوجوب — وهو مرتبة أقل لزوما من الفرضية — وذلك إذا خاف من نفسه ارتكاب معصية الزنى إذا لم يتزوج .

---

(١) رواه البخارى ومسلم والنسائى .

(٢) التبتل : الانقطاع عن الدنيا والاعراض عنها وعدم الزواج والانصراف الى العبادة الروحية فقط .

(٣) يرى بعض الحنفية والشيعة أن الزواج فرض كفاية . ورأيهم يلتقى مع رأى القائلين بالسنية ، لأن الزواج يكون مسنونا بالنسبة للفرد ، ويكون فرض كفاية بالنسبة للمجموع ، فليس على كل قادر ان يتزوج ، واذا امتنع عنه الجميع اثموا جميعا ، ولكى يسقط الاثم لابد من تحقق الزواج من بعضهم الكافى لتحقيق المصلحة الجماعية ، والا انقرض العالم الذى اراد الله بقاءه وعمارته او عمت فيه الفاحشة . (وانظر الموافقات للشاطبى ج ١ ص ١٣٢) .

(د) وقد يكون فرضا محتما إذا تيقن من نفسه ذلك وتأكد . ولم يستطيع كبح جماحها وعلاجها بصيام ونحوه •

صفات الزوجة الصالحة :

٣ — حثت الشريعة الاسلامية على أن يكون اختيار الرجل للزوجة دائما على أساس الدين والخلق ، يقول الرسول — ﷺ — « ألا أخبركم بخير ما يكنز المرء ؟ المرأة الصالحة ، إذا نظر إليها سرته ، إذا غاب عنها حفظته ، وإذا أمرها أطاعته » ويقول : « تنكح المرأة لأربع : لمالها ولحسبها ولجمالها ولدينها ، فاظفر بذات الدين تربت يداك » بين الرسول — فى هذا الحديث — أن الرجل قد يدعوه إلى الزواج بالمرأة مالها أو حسبها أى جاهها أو جمالها أو دينها أخيرا ، ثم أمر بجعل الاعتبار الاول للدين . فان المال أو الحسب أو الجمال قد يكون سببا فى عدم تحقيق السعادة الزوجية • يقول الرسول : « لا تزوجوا النساء لحسنهن ، فعسى حسنهن أن يرديهن ، ولا تزوجوهن لاموالهن ، فعسى أموالهن أن تطغيهن ، ولكن تزوجوهن على الدين •• » وإذا انضم الى الدين حسب أو مال أو جمال فبها ونعمت ، وكان للمرأة من دينها وخلقها ما يمنع المفاسد التى قد تجر إليها هذه الأمور (١) •

---

(١) ويستحسن بعض الفقهاء كونها دونه سنا لئلا يسرع اليها العقم وعدم الولادة وهى المقصد الأساسى من الزواج ، ودونه حسبا ومالا حتى تنقاد له ولا تتعالى عليه ، وفوقه خلقا وأدبا وورعا وجمالا . (الدر المختار ورد المختار جـ ٢ ص ٣٦٩) . وأنظر خلاصة النتائج التى انتهى اليها المسح الاجتماعى الذى أجراه المركز القومى للبحوث الاجتماعية فى الفترة من ٥٢ الى ١٩٨٠ برئاسة الدكتور عبد المنعم حسين أستاذ علم الاجتماع بكلية آداب المنيا واسهلم سلمية نوار بالمركز (أهرام ٨٥/٨/١٦) حيث انتهى الى أسس الاختيار الاسلامية ، مع تفصيلات لهذه الأسس .

مقـــدماته :

٤ — لما كان الغرض من الزواج هو السكن النفسى وتكوين أسرة متوادة ومتراحمة ، يستقر بناؤها مدة حياة الزوجين . وتتوالى أجيالها فى ذرية مباركة ، كان لابد لكل من الزوجين أن يكون على بينة وبصيرة من أمر من سيكون له قرينا فى حياته وفى أخص شئونه . ومن سيكون جزءا لا يتجزأ من أولاده وذريته . ولهذا — ومع أن المرأة قبل الزواج أجنبية عن الرجل . ولا يباح له النظر الناقد إليها — ندب له أن ينظر إليها ويتأمل لذا كان إنما ينظر لخطبة ، والرسول — ﷺ — يقول المغيرة بن شعبة حين خطب امرأة : « انظر إليها ، فانه أحرى أن يؤدم (١) بينكما » ويقول : « إذا خطب أحدكم امرأة فلا جناح عليه أن ينظر إليها إذا كان إنما ينظر لخطبة ، وإن كانت لا تعلم » .

والمواضع التى ينظر إليها هى الوجه والكفان والقدمان ، لأن الأصل فى هذا النظر هو المنع والحظر . وقد رخص فيه الشارع للحاجة التى دعت إليه . فتقدر بقدرها .

والنظر إلى هذه المواطن التى لم يأمر الشارع بسترها كاف فى الحكم على المرأة رغبة فيها أو رغبة عنها ، فان الوجه مجمع المحاسن. وأساريره تنطق بكثير من المعانى النفسية والصحية والخلقية . والأمر فى الكفين والقدمين مبنى على الظهور . بخلاف غيرها مما شأنه الستر والاخفاء . يقول الله تعالى : « ولا يبدين زينتهن إلا ما ظهر منها » فلا حرج فى النظر إليهما مع الوجه ، ومعرفة حالتها الجسمية وغيرها عن طريقها . وإن كشف المرأة لأكثر من ذلك والنظر إليه يجر إلى

---

(١) أحرى أن يؤدم بينكما : يعنى أن الزواج الذى يتم عن رغبة حقيقية بعد النظر والتروى يكون مظنة للوفاق والالفة وتحقيق السعادة .

مفاسد ومعاص تغلب ما يمكن أن يتوهم فيها من مصلحة (١) وتعجب حين ترى بعض المسلمات قد تأثرن بالملحدات والمنحلات اللاتى فرضت وسائل الاعلام عليهن صورهن وتصرفاتهن ، وانقدن إلى الضياع والتضييع •

٥ — ثم انه لا يباح للخاطب أن يختلى بمخطوبته للنظر إليها ، بل لابد من أن يكون ذلك بحضرة أحد محارمها من أب أو أخ أو عم أو نحوهم ، والرسول — ﷺ — يقول : « لا يخلون أحدكم بامرأة إلا مع ذى رحم » (٢) •

---

(١) يقول ابن رشد : وأما النظر الى المرأة عند الخطبة فأجاز ذلك مالك الى الوجة والكفين فقط . . . ومنع ذلك قوم على الاطلاق ، وأجاز أبو حنيفة النظر الى القدمين مع الوجه والكفين . والسبب فى اختلافهم أنه ورد الامر بالنظر اليهن مطلقا ، وورد بالمنع مطلقا ، وورد مقيدا ، أعنى بالوجه والكفين على ما قاله كثير من العلماء فى قوله تعالى « ولا يبدين زينتهن الا ما ظهر منها » أنه الوجه والكفان ، وقياسا على جواز كشفهما فى الحج عند الأكثر ، ومن منع تمسك بالأصل وهو تحريم النظر الى النساء . بداية المجتهد ج ٢ ص ٣ وأنظر فى هذا المعنى ، المغنى لابن قدامة ج ٧ ص ٤٥٣ ونيل الاوطار ج ١ ص ٩٤ .

(٢) ومن يشك فى مفاسد الخلوة شيطان مريد ، يريد أن يعيش فى خلوة مع الأجنبيات المنحلات ، ويكون بينه وبينهن ما يكون ، والحكمة الاسلامية تقول : « اذا لم تستح فاصنع ما شئت » وقد فقد بعض الرجال وبعض النساء الحياء ، وانظر الى الخلوات والى العرى الذى لا تفعله بعض الحيوانات وانظر من تضع رجلا على رجل ولا تلبس ما يستر عورتها لتزيد من وقاحتها وفتنتها للشباب ، ومثل هذه تخرج الى المجتمع شيطانة لا انسانة ، والاسلام يدعوها الى أن تخرج لأمور دينها ودنياها ، فلا تستجيب الا الى الشيطان الذى يوسوس لها فى صدرها بجميع أنواع الشرور . ولو أدت وزارة الشئون الاجتماعية رسالتها لكان من أجهزتها مرشدات لأمثال هؤلاء ولكنها عنيت باغتصاب سلطة التشريع فى أحكام الأسرة من وزارة العدل ومن . . . ومن . . . لتحقق أغراضا لبعض النساء اللاتى

ويستحسن أصحاب الامام الشافعى (١) أن تتم الرؤية قبل الخطبة . فان ملأت قلبه تقدم لخطبتها ، وإن كانت الأخرى لم يحدث إيذاء لشعورها • وهذا هو الطريق الذى يسلكه أصحاب الحياء والمروءة • وفيما روى عن أحد الصحابة وهو جابر — رضى الله عنه — ما يشهد لذلك . يقول : « خطبت جارية — أى فتاة فى سن الحركة والجرى — فكنت أتخبأ لها . حتى رأيت منها ما دعانى إلى التزوج بها . فتزوجتها » •

ويجوز للمرأة أن تنظر إلى الرجل كما جاز له النظر إليها ، لتتبين موقفها منه قبل أن تدخل فى عقدة الزواج ، وهى أولى منه بذلك . وإذا كانت الآثار المروية لم تتعرض لهذا . فذلك لأن حياة الرجل مبنية على الظهور . ورسالته — فى الاصل — خارج المنزل ، بحيث تسهل معرفة أحواله ، بعكس المرأة التى شأنها الخفاء والستر . ورسالتها — فى الاصل — داخل المنزل ، ثم يتكاملان فى داخل الأسرة وخارجها •

والمنهج الذى سنته الشريعة هو الأمر الوسط الذى لا افراط فيه ولا تفريط • وإذا كان بعض الناس لا يسمحون برؤية ابنتهم مطلقا . ولا يتيسر لخاطبها أن يراها دون علمهم ، ثم يتم الزواج دون رؤية . فان مسلكهم هذا مناف للمشروع ، وهو سبب لفشل الحياة الزوجية

= فرضن أنفسهن على المرأة المصرية ، ورأين أن محاكاة الغرب فى تشريعاته الأسرية شيئا فشيئا هو الطريق السليم ، وكان عليهن أن يعلمن أنهن نشأن فى ظل امهات اجنبيات ، لم يذوقوا حلاوة الاسلام ذوقا صحيحا كاملا . ومن المؤسف ان بعض القيادات الدينية والاجتماعية استجابت فورا لهن ، تحريفا للكلم وليا للنصوص . وطلبا للدنيا ، وعذابا اليما فى الآخرة.

(١) أنظر سبل السلام جـ ٣ ص ١١٣ •

فى بعض الأحوال ، وإذا كان البعض الآخر — وهم الاكثر عددا — يسرف على نفسه وكرامته وكرامة أسرته وعرضه ، فيسمح للخاطب بالاختلاط والخلوة بمخطوبته ليلا ونهارا ، داخل البيت وخارجه . فان سلوكهم هذا سلوك شائن ، يخالف أحكام الشريعة التى لا تجعل المرأة حلالا للرجل إلا بعد العقد عليها ، وهى قبل ذلك أجنبية عنه . ثم هو بعد ذلك يفتح عليهم أبوابا من الشرور والفضائح وبصفة خاصة إذا فسخت الخطبة ولم يتم الزواج •

والزعم بأن السماح لهما بالاختلاط يقصد به تعرف كل منهما على صاحبه تعرفا كاملا قبل الزواج — زعم باطل(١) . لأن كل واحد منهما يتكلف لصاحبه مدة الخطبة فى خلقه ومظهره بما ليس فيه ، حتى جرى مجرى الأمثـــال : كل خاطب كاذب ، وأقول : وكل مخطوبة كاذبة ، ولو سلمنا أن ذلك الزعم صحيح ، فانه يجب النظر إلى الجانب الآخر ، وهو ما تجره تلك الخلطة المسرفة والخلوة من مضار ومفاسد محققة ليست فى حاجة إلى بيان ، ودرء المفاسد أى منعها مقدم على جلب المصالح وتحصيلها . والرسول — ﷺ — يقول : « لا يخلون رجل بأمرأة فان ثالثهما الشيطان » •

---

(١) وان نظرة واحدة الى حالات الطلاق وخصوصا بين الطبقات التى تتزوج عن طريق التعارف والاختلاط تدل على أن هذه الوسيلة لا تضمن وحدها سعادة الحياة الزوجية (المجتمع والمشكلات الاجتماعية للاستاذ الدكتور السيد محمد بدوى استاذ علم الاجتماع بآداب الاسكندرية) والأجدى فى التعرف على المرأة هو معرفة أخلاق أسرتها وسمعتها ، فان النـــاس معادن كمعادن الذهب والفضة كما أثر عن الرسول ﷺ (انظر منهاج السنة لابن تيمية ج ٢ ص ٢٦٠) .

الخطبــــة

متى تجـــــوز ؟

٦ — الخطبة هى طلب الرجــل التزوج بالمرأة (١) • ويشــترط لجوازها أمران :

أولا : أن تكون المرأة خالية من موانع الزواج الشرعية ، وصالحة للعقد عليها فى الحال . فكما يحرم الزواج ببعض النساء حرمة مؤبدة. تحرم الخطبة أيضا لأنها مقدمة الزواج • وهذا أمر ظاهر . فاذا كانت المرأة محرمة تحريما مؤقتا كزوجة الغير لم تجز خطبتها أيضــا ، لأنها لا تحل له الآن ، ولا تزال فى عصمة غيره ، وخطبته لها إيذاء لزوجها ، واعتداء على حقــه ، وافساد الحيــاة الزوجية ، واغراء بالشقاق •

كما تحرم خطبة المعتدة من طلاق رجعى ، لأنها فى حكم الزوجة . وتحرم خطبة المعتدة من طلاق بائن ببينونة صغرى أو بائن ببينونة كبرى أو من وفاة . لبقاء بعض آثار الزوجية مادامت المرأة فى العدة ، ولأن خطبتها توجد عداوة بين الخاطب ومطلقها ، إن كانت معتدة طلاق ، وتوجد عداوة بينه وبين أقارب المتوفى إن كانت معتدة وفاة . كمــا

---

(١) هذا هو الأعم الأغلب لأن الرجل هو الذى يتولى انشاء الأسرة ونظرا لحياء المرأة وتصونها ، واعتزازها بنفسها ، واعتزاز اهلها ، بحيث تكون مطلوبة لا طالبة ، ومع هذا قد تطلب المراة أو اهلها الزواج بالرجل فى حدود الآداب الشرعية وما يجرى به العرف . يدل لذلك حديث الواهبة نفسها للرسول . راجع سبل السلام ج ٣ ص ١٣٢ مطبعة الاستقامة ، حيث نقل استدلال بعض الفقهاء بهذا الحديث على جــواز عرض المراة نفسها على رجل من أهل الصلاح . وقد خطب بعض الصحابة لبناتهم من ترى فيه أهليته لمصاهرتها ، ولا مانع من ذلك مادام فى حدود الكرامة والحياء والرغبة الشريفة والوسيلة المهذبة .

توجد كراهية منهم للمعتدة ، وبخاصة إذا ما استجابت للخطبة ؛ لأن خطبة المعتدة من طلاق قد تجر المرأة إلى ادعاء انقضاء عدتها كذبا ، فتقر بانقضائها بعد مضى أقل مدة تصدق فيها ، جرياً وراء هذا الخاطب مع أنها فى الحقيقة لم تخرج من العدة ، والشرع يصدقها فى ذلك . لأنه أمر لا يعلم إلا من جهتها ، وهى مؤتمنة عليه ، وحسابها عند الله .

وتحرم الخطبة بالنسبة للمطلقة ، سواء أكانت الخطبة صريحة مثل أن يقول لأبيها مثلا : « إنى أريد أن أتزوج بنتك » أم كانت تعريضا مثل أن يقول : « إذا انتهت عدة بنتكم فأخبرونى » مما يكون المقصود به الخطبة بمعونة القرائن ، دون أن يوجد فى الألفاظ تصريح بها (١) .

وأما المعتدة من وفاة فقد أبيحت خطبتها تعريضا لا تصريحا ، فى قوله تعالى : « لا جناح عليكم فيما عرضتم به من خطبة النساء أو أكننتم فى أنفسكم ، علم الله أنكم ستذكرونهن ، ولكن لا تواعدهن سرا إلا أن تقولوا قولا معروفا » وسياق الآيات يدل على أن المراد بالنساء هنا معتدات الوفاة لا غير : لأن الآية التى قبلها تتحدث عنهن .

وإنما أبيحت الخطبة فى هذه الحالة تعريضا ، لأن الوفاة قد أنهت

---

(١) من الخطبة بطريقة التعريض ما روى عن سكينة بنت حنظلة قالت : استأذن ءلى محمد بن على ولم تنقض عدتى من وفاة زوجى فقال : قد عرفت قرابتى من رسول الله ، وقرابتى من على ، وموضعى من العرب ، فقلت : غفر الله لك يا أبا جعفر ، أنك رجل يؤخذ عنك ، وتخطبنى فى عدتى ؟ !! فقال : انما أخبرتك بقرابتى من رسول الله ومن على » ولم يشأ أن ينقل الخطبة من التعريض المباح الى التصريح الممنوع (نيل الاوطار ج ٦ ص ٩٣) وعن ابن عباس — رضى الله عنهما أى عن الابن وعن الأب — فى قوله تعالى ... فيما عرضتم : هو أن يقول : أنى اريد التزوج أى دون أن يحدد المرأة التى يخطبها ، ويقول وددت أى أحببت أن يتيسر لى امرأة صالحة (تيسير الوصول ج ١ ص ٩٩) .

الحياة الزوجية إلى غير رجعة ، وهذا يجعل الراغب فى زواج المعتدة من وفاة لا يتحرج من خطبتها ، فأبيح له التعريض فقط دون التصريح. مراعاة لحالة الحداد والحزن التى تكون فيها المعتدة ، ومراعاة لأقارب المتوفى الذين يؤذيهم التصريح بخطبتها • وهذا مذهب الحنفية ، أما جمهور الفقهاء فيرون الحاق المعتدة من طلاق بائن بينونة كبرى بالمعتدة من وفاة . فأجازوا خطبتها بطريق التعريض أيضـــا ، لأنها أصبحت محرمة على مطلقها حرمة مؤقتة ، ولم يعد له فيها مطمع الآن وقبل أن تتزوج بغيره • كما استدلوا بما روى عن فاطمة بنت قيس أن زوجها طلقها ثلاثا ، فقال لها رسول الله — ﷺ — : « إذا حللت أى انتهت العدة . وأصبحت حلالا بعدها ، فآذنينى — أى أعلمينى بخروجك من العدة — فآذنته ، فخطبها معاوية (١) وأبو جهم وأسامة بن زيد ، فقال لها الرسول : أما معاوية فرجل ترب أى تلتصق يده بالتراب ، لا مال له ، وأما أبو جهم فرجل ضراب للنساء — وفى رواية : لا يضع عصاه عن عاتقه (٢) ، ولكن تزوجى أسامة » فان قول الرسول لها : « إذا حللت فآذنينى » تعريض بالخطبة (٣) •

كما يرى المالكية وبعض الشافعية جواز خطبة المعتدة من طلاق بائن بينونة صغرى بطريق التعريض أيضا ، لأن الطلاق البائن قد قطع

---

(١) قيل : هو معاوية بن ابى سفيان ، وقيـــل غيره ، وفى صحيح مسلم انه معاوية بن ابى سفيان (نيل الاوطار ص ٩٣ ج ٦ ط الحلبى) وهذا هو الظاهر بقرينة عدم ذكر الأب اكتفاء بشهرته .

(٢) ومعنى الروايتين واحد ، الا ان الاولى صريحة فى ضرب النســاء ، والاخرى كناية عنه .

(٣) ويقول المخالفون : أن هذا القول ليس تعريضا بخطبة اذ لم يعرف الخاطب ولم تقم قرينة على ذلك .

الزوجية ، ولأن الخطبة بطريق التعريض غير واضحة ولا صريحة ، فلا تعتمد عليها المرأة ولا تؤدى إلى الاقرار كذبا بانقضاء العدة (١) .

والحق ما ذهب إليه الاحناف ، فان الأصل فى ذلك هو التحريم ، ولم يبح النص القرآنى إلا التعريض بخطبة معتدة الوفاة . وأن خطبة المطلقة طلاقا بائنا بنوعيه تجر إلى مفسدة الاقرار بانتهاء العدة كذبا ولو كانت الخطبة تعريضا ، لأن القرائن تعلنها ، والأمر فى معتدة الوفاة غير ذلك ، لأن عدتها بمضى أربعة أشهر وعشرة أيام أو بوضع الحمل ، وكل منهما أمر ظاهر لا سبيل إلى الكذب فيه ، بخلاف عدة المطلقة ذات الحيض .

ثانيا : ألا تكون المرأة قد تمت خطبتها لغيره بالقبول ، فعن عقبة ابن عامر أن رسول الله — ﷺ — قال : « المؤمن أخو المؤمن ، فلا يحل للمؤمن أن يبتاع على بيع أخيه ، ولا يخطب على خطبة أخيه ، حتى يذر أى يترك » والسبب فى هذا هو ما تجر إليه خطبة المخطوبة من العداوة والبغضاء بين الخاطبين ، وكل منهما أخ للآخر كما جاء فى الحديث .

فاذا كانت الخطبة الأولى لاتزال محل بحث ونظر وتحر ، فقد اختلف الفقهاء ، فذهب بعضهم إلى منع خطبة الثانى ، لأن تقدمه قد يؤدى إلى رفض الأول ، وفى هذا ايقاد لنيران العداوة بين الخاطبين ، وهو الأمر الذى نهى الرسول عن الخطبة على الخطبة من أجله ، ويرى آخرون جواز الخطبة ، لأن مصلحة المخطوبة قد تكون فى تقدم الخاطب الثانى ، وليست مصلحة الخاطب الأول بأولى من مصلحتها ، ولم يصرح

---

(١) انظر نهاية المحتاج للرملى جـ ٥ ص ١٦٥ .

له بالركون إليه وقبوله حتى يكون فى ذلك اعتداء عليه • ويشهد لذلك قصة فاطمة بنت قيس ، فقد خطبها النبى لأسامة بن زيد بعد تقدم معاوية وأبى جهم إلى خطبتها ولم تكن قد صرحت برفضهما •

والحق أن الخطبة فى هذه الحالة ممنوعة أيضا ، لما تجر إليه من بذر بذور الحقد والضغينة بين الخاطبين ، وليس فى ذلك ضياع لمصلحة المخطوبة ، لأن لها مطلق الحرية فى قبول الخاطب الأول ، فان قبلته كان معنى ذلك صلاحيته وكفاءته ، وإن رفضته استطاع الثانى أن يتقدم • وأما قصة فاطمة بنت قيس ، فليس فيها ما يدل على جواز الخطبة فى هذه الحالة ، لاحتمال أن تكون الخطبة اللاحقة عن غير علم بالخطبة السابقة ، ولأن النبى لم يخطبها لأسامة ، وإنما قدم إليها مشورته فقط ، وعلى فرض أنها خطبة ، فلعلها بعد ظهور رغبتها عنهما ، فلا تكون حجة على الجواز •

٧ — وإذا خالف الخاطب الثانى نهى الشارع ، وأقدم على الخطبة ثم الزواج ، فما الذى يترتب على ذلك ؟

اختلفت الفقهاء على أقوال ثلاثة (١) :

١ — بطلان عقد الزواج ، لمخالفة الخاطب للحديث واقدامه على ما نهى عنه الشارع الذى لا يعترف بصحة ما نهى عنه ، وهذا قول الظاهرية ورواية عن الامام مالك •

٢ — صحة العقد مع الاثم والجزاء الأخروى ، لتوافر أركان عقد الزواج وشروط صحته • ونهى الشارع عن الخطبة لا يستلزم بطلان عقد الزواج الذى توافرت له مقوماته ، وإنما يترتب على مخالفته إثم

---

(١) انظر بداية المجتهد جـ٢ ص ٣ ط الحلبى .

الخاطب ديانة فقط ، وعقابه عند الله • وهذا قول جمهور الفقهاء ورواية ثانية عن الامام مالك •

٣ ـــ فساد العقد ووجوب فسخه ما لم يحصل دخول بها ، أما فساده وفسخه قبل الدخول فلنهى الشارع عنه ، وأما السكوت عنه بعد الدخول فلتأكد العقد والبدء فى تنفيذه وترتب الآثار عليه • وهذا قول الامام مالك فى رواية أخرى عنه •

قراءة الفاتحة وتقديم الهدايا والمهور :

٨ ـــ ومن مقدمات الزواج أيضا قراءة الفاتحة تأكيدا للخطبة ، وتقديم الهدايا الدلالة على قوة الرغبة والمودة ، وقد يسارع بعض الناس فيعطى المهر للخطيبة او أهلها • كل ذلك قبل أن يتم عقد الزواج الشرعى ، فلا يترتب على شىء من هذا كله أى أثر من آثار عقد الزواج، ولكل من الخاطب والمخطوبة أن يعدل عن خطبته التى لم تكن زواجا بل وعدا بالزواج •

العدول عن الخطبة والوعد بالزواج :

٩ ـــ إذا عدل أحد الخاطبين عن وعده للآخر باتمام عقد الزواج ، فلا يلزم باتمامه ، إذ الالزام فى هذه الحالة يلحق ضررا بالزوجين وبالمجتمع • وقد اتفقت على ذلك آراء رجال الشريعة ورجال القانون ويبقى بعد ذلك النظر فى الأضرار التى تترتب على فسخ الخطبة والتعويض عنها ، فان الشخص المتروك قد تلحقه أضرار أدبية لمجرد العدول أحيانا ، ولما يدعيه الخاطب التارك من أسباب لعدوله عن خطبته فى أحيان أخرى ، وقد تلحقه أضرار مادية لدخوله فى التزامات بسبب هذه الخطبة ، مثل أن تشترى الخطيبة بعض جهازها أو كله •

وقد اختلفت أنظار رجال القضاء فى ذلك :

١ — فرأى بعضهم أن الخطبة عقد تمهيدى ابتدائى يلتزم به كل من الطرفين باجراء العقد النهائى فى موعده ، وأنه إذا كان لا سبيل إلى الزام الخاطب باتمام العقد ، فان عدوله عن الوفاء بالتزامه ووعده يوجب الحكم عليه بالتعويض ، وليس فى الحكم بالتعويض ما يمس حرية الزواج مطلقا ، فلكل من الطرفين العدول ، ولكن إذا حصل ذلك فى تهور وعنف ، أو كان العدول لغير مسوغ مشروع ولمجرد الهوى والطيش ، وجب الحكم بالتعويض ردا لكرامة المعدول عنه (١) ويعبر بعضهم تعبيرا آخر فيقول : أن الالتزام بالتعويض يستند إلى إساءة استعمال الحق ، فان الحق فى العدول لا يبرر استعماله لغير الغرض الذى شرع من أجله ، ففى ذلك اضرار بالغير وبغى على الأعراض ، فلم تقرر الشرائع الحقوق متعا للأفراد يلهون بها ويعبثون ، وإنما قررتها وأوجبت حمايتها لتحقيق أغراض نظامية سامية ، وبقدر تحقيق تلك الأغراض تكون حمايتها لتلك الحقوق » (٢) .

٢ — ورأى بعضهم أن العدول عن الخطبة أمر مباح ، ولا يترتب على عمل المباح عقوبة ، وفى الالزام بالتعويض عقوبة . وإذا كانت

---

(١) أنظر فى هذا الموضوع مدى استعمال حقوق الزوجية (رسالة الدكتوراه) للاستاذ الدكتور السعيد مصطفى السعيد ص ٧٣ وما بعدها — وكانت تحت اشراف الشيخ أحمد ابراهيم بحر العلم الذى لا ساحل له — على حد تعبير الامام الشيخ أبو زهرة — وانظر عقد الزواج وآثاره للاستاذ الشيخ محمد أبو زهرة ص ٥٨ وما بعدها .

وانظر حكم محكمة سوهاج الأهلية فى ٣٠ مايو سنة ١٩٢٨ مجلة المحاماة سنة ١٩٢٨ ص ٤٣٤ .

(٢) حكم محكمة الاسكندرية الاهلية فى ١٠ ديسمبر سنة ١٩٢٩ المجموعة الرسمية س ٣١ ص ٥٣ .

الشريعة تلزم من يطلق زوجته قبل الدخول بنصف المهر ، فلأن الزواج خطوة أبعد أثرا من الخطبة (١) ، والطرف الآخر على علم بحق العدول، فاذا كان قد أصابه ضرر فمن تقصيره ، حيث ركن إلى مجرد الوعد ، ولم يحسم الأمر بانشاء العقد (٢) .

٣ — ورأى فريق ثالث أن مجرد العدول لا يستوجب تعويضا ، وإنما يكون ذلك التعويض عما يصاحب العدول من أعمال أخرى : كأن يكون قد طالبها بالاستقالة من وظيفتها فاستقالت ، أو طالبها بشراء جهاز معين فاشترته ، أو نسب إليها أمورا تمس كرامتها وسمعتها ، وقد يكون من ذلك — فى رأيى — العدول عن الخطبة من غير سبب ، بعد أن علقها فى الانتظار دون إتمام الزواج زمنا طويلا . وتعبر عن هذا الاتجاه محكمة النقض المصرية فتقول : « إن الخطبة ليست إلا تمهيدا لعقد الزواج . وهذا الوعد بالزواج لا يقيد أحدا من المتواعدين ، فلكل منهما أن يعدل فى أى وقت شاء ، وخصوصا أنه يجب فى هذا العقد أن يتوافر للمتعاقدين كامل الحرية فى مباشرته ، لما للزواج من الخطر فى شأن المجتمع ، وهذا لا يكون إذا كان أحد الطرفين مهددا بالتعويض، ولكن إذا كان الوعد بالزواج والعدول عنه باعتبارهما مجرد وعد فعدول — قد لازمتهما أفعال أخرى مستقلة عنهما استقلالا تاما ، وكانت هذه الأفعال قد ألحقت ضررا ماديا أو أدبيا بأحد المتواعدين ، فانها تكون مستوجبة للتضمين على من وقعت منه ، وذلك على أساس أنها

(١) محكمة استئناف مصر فى ٢٣ مايو سنة ١٩٢٦ مجلة المحاماة س ٦ ص ٧٩٨ .

(٢) ولفضيلة الشيخ محمد بخيت مفتى الديار المصرية سابقا فتوى فى هذا الشأن نشرت بمجلة المحاماة الشرعية س ٢ عدد ١ ص ٤٤ ذهب فيها الى هذا الرأى لأن الخطبة ليست الا وعدا لا يجب الوفاء به أى قضاء .

هى فى حد ذاتها بغض النظر عن العـدول المجرد أفعال ضارة موجبة للتعويض (١) •

ونرى من هذا أن الرأيين الأخيرين متفقان على عدم التعويض لمجرد العدول ، ولا يسأل الخاطب عن أسباب عدوله ، لأنها من المسائل الشخصية المحض ، بعكس الرأى الأول الذى يلزم من عدل بالتعويض الا إذا أثبت أن عدوله بسبب مشروع •

والحق أن التفصيل الذى انتهى إليه الرأى الثالث هو الصواب ، ويمكن أن تتلاقى عنده الآراء ، وهو ما استقر عليه رأى القضاء •

المهـر والهـدايا :

١٠ — ويبقى بعد ذلك الكلام فى مصير ما يكون قد قدم من مهر وهـدايا •

أما المهر فان من حق الخاطب استرداده واسترجاعه ، لأنه قد قدم على أنه المهر الواجب فى عقد الزواج الذى سيتم ، وقد حال العدول عن اتمامه ، فوجب اعادته إليه إن كان قائما ورد مثله أو قيمته إن كان قد هلك أو استهلك (٢) •

---

(١) نقض مدنى فى ١٤ ديسمبر سنة ١٩٣٩ عن الوسيط لاستاذنا الدكتور السنهورى •

(٢) وقد نص فى المادة الثالثة من مشروع قانون الاحوال الشخصية (فى عهد الوحدة بين مصر وسوريا) على أنه :

(أ) اذ عدل أحد الطرفين عن الخطبة فللخاطب أن يسترد المهر الذى اداه أو قيمته يوم القبض أن تعذر رد عينه •

(ب) ويعتبر من المهر الهدايا التى جرى العرف باعتبارها منه .

ولم تغير لجنة المراجعة — التى شكلت فى مصر فيما بعد — شيئا من هذه الاحكام •

=

وأما الهدايا فيجب عند الاحناف ردها أيضا لأنها هبة ، والهبة يجوز الرجوع فيها عندهم ما لم يوجد مانع من ذلك (١) ، فاذا كانت الهدية خاتما أو ساعة أو قماشا أو طعاما أعيد إلى الخاطب مادام موجودا ، فان كان الخاتم قد ضاع ، أو كان القماش قد خيط ثوبا ، أو كان الطعام قد أكل ، لم يكن له استرداد مثله أو قيمته ، لأن هلاك الموهوب أو استهلاكه يمنع من الرجوع فى الهبة عندهم .

ويرى الشافعية وجوب رد الهدية بذاتها إن كانت قائمة ، وبمثلها أو قيمتها إن كانت هالكة أو مستهلكة ، لأن الدافع إلى الاهداء كان هو الزواج المرتقب ولم يوجد ، فكان له الحق فى استعادتها أو استعادة عوضها .

أما الامام مالك فان الأصل فى مذهبه عدم جواز الرجوع ، ولكن المفتى به فى المذهب هو التفريق العادل بين ما إذا كان صاحب الهدايا هو الذى فسخ الخطبة ، فلا يكون له الحق فى استردادها ، لأنه المتسبب فى عدم اتمام العقد ، ولئلا يجمع على الطرف الآخر ألم العدول عنه وألم أخذ الهدايا منه ، وبين ما إذا كان الطرف المهدى إليه هو الذى عدل عن الخطبة ، فان للمهدى استرداد الهدايا بنفسها أو بعوضها

= وقد ذكرت المذكرة الايضاحية الاولى أنها ان اشترت بمقدار المهر أو بعضه جهازا ، فهى بالخيار بين اعادة المهر او تسليم ما يساويه من الجهاز وقت الشراء ، لانها لا تضمن الانتفاع على الوجه الصحيح بما اشترته من اعيان الجهاز ، وبينت المذكرة أن مأخذ هذا الحكم هو فقه الحنفية فى قاعدة التسليط (الدر المختار جـ ٥ ص ٩٢) وفقه مالك (بداية المجتهد جـ ٢ صفحة ٢١) .

(١) موانع الرجوع فى الهبة عندهم سبعة : الزيادة المتصلة ، موت أحد العاقدين ، التعويض عنها ، خروج الموهوب من ملك الموهوب له ، الزوجية ، القرابة المحرمية ، هلاك الموهوب (ابن عابدين جـ٤ ص ٥٣٨).

لأنه لم يتسبب فى فسخ الخطبة ، ولئلا نجمع عليه أيضا ألم العدول عنه وألم ضياع أمواله دون مقابل ، وذلك إذا لم يكن هناك شرط أو عرف يخالف هذا الحكم فيعمل (١) به .

أركان عقــد الزواج

١١ — الزواج عقد بين الرجل والمرأة ، لانشاء أسرة : تحصينا

---

(١) وقد أخذت بعض مشروعات القوانين فى مصر بالمفتى به فى المذهب المالكى ، حيث نص فى مشروع قانون تعديل أحكام الاحوال الشخصية سنة ١٩١٥ على أنه : « اذ كان العدول من جهة الخاطب فليس له أن يسترد شيئا مما أهداه ولا ان يرجع بشىء مما أنفقه ، وأن كان من جهة المخطوبة فللخاطب أن يرجع بما انفقه ، وأن يسترد الهدية أن كانت قائمة وقيمتها ان استهلكت أو هلكت ما لم يكن شرط أو عرف بغير ذلك فيتبع » . كما نص مشروع قانون الاحوال الشخصية (فى عهد الوحدة) فى مادته الثالثة على أنه : اذا عدل أحد الطرفين عن الخطبة بغير مقتض فلا حق له فى استرداد شىء مما اهداه للاخر وأن كان العدول بمقتض فله أن يسترد ما أهداه أن كان قائما أو قيمته يوم القبض أن كان هالكا أو مستهلكا ، وذلك كله ما لم يكن هناك شرط أو عرف ، ونص فى مادته الرابعة على أنه :

(أ) اذا انتهت الخطبة بعدول كل من الطرفين فان كان بسبب من احدهما اعتبر عدول الاخر بمقتض ، والا استرد كل منهما ما اهداه للاخر أن كان قائما .

(ب) واذا انتهت الخطبـــة بالوفاة أو بعارض حـــال دون الزواج فلا يسترد شىء من الهدايا .

وبينت المذكرة الايضاحية ان الاوفق والارفق هو هذا الحكم الذى جرى به العرف ، وأن سنده هو القول الاوجه فى فقه المالكية (الشرح الكبير وحاشية الدسوقى ج ٢ ص ١٩٥ — ١٩٦) ولم تغير لجنة المراجعة شيئا من هذه الاحكام ، وبينت انها تخيرت احكامها مما جاء بمذاهب الائمة مالك والشافعى وأحمد فى الهبات التى تكون لغرض من الاغراض ولم يتم ، كما بينت ان بعض الهدايا جرى العرف باعتبارها من المهر وتأخذ حكمه ، وذلك مثل الهدية المعروفة بلسم « الشبكة » .

وسكنا للنفس ، وطلبا للنسل ، وتعاونا فى الحياة (٢) .

وركناه — كغيره من العقود — الايجاب والقبول .

والايجاب ما صدر أولا ، سواء أكان من جانب الرجل أم كان من جانب المرأة ، والقبول ما صدر ثانيا : فلو قال رجل لامرأة : زوجتك نفسى ، فقالت : قبلت أو رضيت ، كان قول الرجل ايجابا وقولها قبولا . ولو ابتدأت المرأة فقالت للرجل : زوجتك نفسى ، فقال الرجل : وافقت ، كان كلام المرأة ايجابا ، وكلام الرجل قبولا (١) .

ولكى يكون الايجاب والقبول دالين على الارتباط بين العاقدين ، لابد من توافر شروط فى كل منهما ، وفى العاقدين اللذين يصدرانهما ، وفى المحل الذى يقع عليه العقد وتظهر فيه آثاره ، والمرأة — فى عقد الزواج — لها اعتباران : فهى باعتبارها طرفا فى العقد تدخل فى

---

(١) عرفه الفقهاء قديما بتعريفات تدور حول ملك المتعة ، ومن ذلك تعريفه بأنه عقد يفيد ملك المتعة قصدا . ولأن مقصود الزواج أعم من ذلك واهم عرفته بهذا التعريف ، وقد عرفه مشروع القانون الموحد فى مادته الاولى بأنه عقد بين رجل وامرأة تحل له شرعا ، لانشاء رابطة الحياة المشتركة والنسل . وعرفه أخيرا مشروع قانون عربى موحد للاحوال الشخصية فى مادته الخامسة بقوله : « الزواج ميثاق شرعى بين رجل وامرأة ، غايته انشاء أسرة مستقرة برعاية الزوج ، على أسس تكفل لهما تحمل اعبائهما بمودة ورحمة » . وقارن بين تعريفى وبين هذا التعريف الذى صيغ بعده فى الزمان ، لترى « أن الأخذ بتعريفى أولى » (انظر وثائق الدورة الثالثة لمجلس وزراء العدل العرب — طبع الامانة العامة — الرباط — المملكة المغربية ، أول شعبان ١٤٠٥ — ٢٢ ابريل (نيسان) ١٩٨٥ وأنظر مذكرته الايضاحية التى سنلحقها بهذا الكتاب .

(٢) ويرى بعض الفقهاء أن عبارة المرأة هى الايجاب ، يستوى فى ذلك أن تصدر أولا او آخرا لانها هى التى تملك الرجل حق المعاشرة الزوجية ، أما الرجل فيمتلك ذلك ، فتكون عبارته قبولا .

انعاقدين . وبالنظر إلى أن آثار العقد تظهر فيها بصورة أوضح وأقوى من الرجل تعتبر محلا للعقد (١) .

فاذا توافرت هذه الشروط كان العقد موجودا ، أو بعبارة أخرى منعقدا . وإذا تخلفت كلها أو بعضها ، لم يوجد العقد أى لم ينعقد .

شروط انعقـــاده

فى العـــــاقدين :

١٢ — يشترط لانعقاد الزواج :

أولا — أن يكون العاقدان مميزين ، فلو كانا أو كان أحدهما فاقد العقل وهو المجنون والمعتوه غير المميز والصبى غير المميز — لم ينعقد العقد . لأن عديم الأهلية لا عبارة له ولا قصد .

أما ناقص الأهلية وهو الصبى المميز والمعتوه المميز ، فيجوز له إنشاء عقد زواجه ، لأن له عبارة وقصدا ، ويكون زواجه منعقدا ، ويتوقف نفاذه على اجازة وليه ، نظرا لنقص أهليته ، بخلاف كامل الأهلية ، فان عبارته تنشىء عقد زواجه نافذا .

والسفيه كامل الأهلية فى عقد الزواج ، لأن الحجر عليه يكون فى التصرفات المالية ، وليس الزواج منها .

ثانيا — أن يسمع كل من المتعاقدين كلام الآخر ويفهم مراده ، فلو كان أحدهما أو كلاهما أصم أو كان يتكلم بلغة لا يعرفها الآخر ،

---

(١) وانما كانت المراة لا الرجل محل العقد مع أن حل العشرة الزوجية مشتركة بينهما ، لظهور اثر العقد فيها بصورة أوضح وأقوى ، حيث يملك الرجل وحده دون غيره معاشرتها كزوجة ، أما هى فلا تملك هذه المعاشرة ، وانما تحل لها تلك المعاشرة فقط دون أن تتملكها وتنفرد بها ، بدلالة حل تزوجه بأخرى ومعاشرته لها معها ، وحرمة تزوجها ومعاشرتها لغيره معه.

لم ينعقد العقد ، ولا يلزم فى ذلك أن يكون فهم الكلام فهما مستوعبا لجميع الالفاظ ، بل يكفى أن يعرف أن هذا اللفظ مقصود به انشاء عقد الزواج •

فى الايجاب والقبول :

من جهة صيغتهما وهيئتهما اللفظية :

١٣ — ويشترط أن يكون اللفظ المعبر عن الايجاب والقبول دالا على إنشاء العقد فعلا • والأصل فى هذا هو الفعل الماضى ، لدلالته على تحقق معناه وحصوله فعلا ، فينعقد العقد بنحو زوجت وتزوجت ايجابا ، ورضيت ووافقت قبولا •

وقد يكون كل من الايجاب والقبول أو أحدهما جملة اسمية — وهى تدل لغة على الثبوت مثل أن يقول الرجل للمرأة : أنا زوجك ، فتجيبه قائلة : وأنا زوجتك ، أو قبلت الزواج بك (١) •

وقد يكون الايجاب بصيغة الأمر — مع أنها تدل فى اللغة على طلب حصول الفعل فى المستقبل — ويكون القبول بصيغة الماضى ، كأن يقول الرجل للمرأة : زوجينى نفسك (٢) ، فتقول : زوجتك نفسى ، أو يكون

---

(١) جرينا على أن العقــد يجرى بين الرجــل والمرأة ، زيادة فى التوضيح ، وهذا هو الاصل ، ولا مانع منه شرعا فى المذهب الحنفى ، ولكن العرف السليم جرى على أن المرأة لا تتولاه بنفسها ، حيــاء منها والمذهب الحنفى يستحب لها ذلك . بل أن بعض الرجال لا يتولاه بنفسه ، من باب الحياء أيضا .

(٢) اتفق فقهاء الحنفية على انعقاد الزواج بصيغة الامر ثم اختلفوا فى توجيهه ، فراى بعضهم ان هذه الصيغة تتضمن توكيل الرجل للمرأة فى عقد زواجه بها ، فاذا قالت : زوجتك نفسى ، انعقد الزواج بعبارتها هى ، لقيامها مقام الايجاب والقبول ، بالاصالة عن نفسها والوكالة عن الزواج ،

=

الايجاب بصيغة المضارع — مع أنه يدل لغة على الحصول فى الحال أو فى الاستقبال — والقبول بصيغة الماضى ، مثـل أن يقول الرجل للمرأة : أتزوجك ، فتقول هى : قبلت ، إذا قامت القرائن على أن المقصود بالأمر وبالمضارع هو إنشاء العقد فى الحال ، لا عرض الرغبة فيه أو الوعد بانشائه أو طلب الوعد به ، وذلك مثل أن يدعى الناس والشهود لحضور العقد والشهادة عليه ، فان ذلك قرينـة على أن المقصود بالصيغة هنا هو إنشاء العقد فى الحال لا فى الاستقبال ، فبانضمام القرائن صلحت هذه الألفاظ لانشاء العقد . أما لو قال لها : سأتزوجك ، أو سوف أتزوجك ، فقالت : أقبل ، لم ينعقد العقد ، لأن الصيغة صريحة فى الوعد بالزواج لا فى إنشـائه الآن ، والفرق بين الأولى والثانية لغة هو أن الأولى للوعد به فى الزمن القريب ، أما الاخرى فللزمن البعيد .

من جهة ألفاظها :

١٤ — كما يشترط أن يكون الايجاب بلفظ النكاح أو الزواج وما يشتق أى يؤخذ منهما — وهذا هو الأصل — أو بلفظ يدل على تمليك العين فى الحال : كألفاظ الهبة والتمليك والجعل : « وهبت لك نفسى ، ملكتك نفسى ، جعلت لك نفسى » ويكون المقصود بها هو المعنى

= ورأى الفقيه قاضيخان أن صيغة الامر نفسها هى الايجاب ، اذ المقصود بها انشاء عقد الزواج لا التوكيل . وهذا هو الراجح ، لانه لو كانت صيغة الأمر توكيلا لما اشترط فى انعقاد العقد اتحاد المجلس الذى تصدر فيه ، والذى تصدر فيه عبارة المرأة ، واتحاد المجلس شرط بالاتفاق ، فيدل هذا على أن صيغة الامر هى الايجـاب ، وليست توكيـلا ، لان الوكالة لا يشترط فيها اتحاد المجلس بين الايجاب والقبول فيها .

المجازى وهو الزواج الذى يفيد تمليك الرجل حق المعاشرة الزوجية • ويكون فى التعبير بهذه الألفاظ — إن وجدت ، دلالة على قوة الرغبة فى إنشاء العقد ، ولا يكاد يحدث هذا إلا إذا كانت المرأة دارسة فى كلية الحقوق مثلا ، وأرادت أن تظهر علمها ودراستها •

والألفاظ فى ذلك قسمان :

أولهما — ألفاظ ينعقد بها الزواج باتفاق علماء الاحناف ، وهى الألفاظ الثلاثة السابقة وما فى حكمها ، وذلك لأن لفظى الهبة والتمليك قد وردا على لسان الشرع مقصودا بهما المعنى المجازى وهو الزواج•

يقول الله تعالى : « وامرأة مؤمنة إن وهبت نفسها للنبى » يعنى زوجت نفسها •

ويقول الرسول — ﷺ — للرجل الذى طلب الزواج من امرأة : « ملكتكها بما معك من القرآن » (١) يقصد به زوجتها لك • واللفظ الأخير فى معناهما فيأخذ حكمهما •

ثانيهما — ألفاظ ينعقد بها الزواج — فى القول الراجح — وذلك لفظ البيع والشراء ، كأن تقول المرأة للرجل : بعت لك نفسى ، أو يقول الرجل : اشتريتك لنفسى ، بوجود القرينة الدالة على أن المقصود بهما ليس هو المعنى الحقيقى الذى لا يقبله محل العقد ، بل المعنى المجازى وهو الزواج ، ويكون التعبير بهذه الألفاظ — إن حدث ولا يكاد يحدث — للدلالة على كمال الرغبة التى لا يكفى التعبير عنها بلفظ الزواج •

---

(١) يقول المخالفون : ان هذا الخبر روى زوجتكها ، وانكحتكها ، وزوجناكها ، من طرق صحيحة ، والقصة واحدة ، فالظاهر أن الراوى روى الحديث بالمعنى ظنا منه أن معنى هذه الالفاظ متحد ، فلا تكون هذه الرواية حجـــة •

أما الألفاظ التى لا تفيد التمليك أصـــلا كألفاظ الاعارة والاباحة والاحلال والايداع « أعرتك نفسى ، أبحت لك نفسى ، أحللت لك نفسى ، أودعت عندك نفسى » لا ينعقد بها الزواج اتفاقا ، لخلوها من معنى التمليك الموجود فى الزواج (١) •

ويبقى بعد ذلك الألفاظ التى تفيد تمليك الأعيان فى المستقبل لا فى الحال ، كلفظ الوصية ، والألفاظ التى تفيد تمليك المنافع لا الاعيان كالاجارة ، وهى لا تصلح لانشاء عقد الزواج فى الرأى الصحيح ، أما لفظ الوصية فانه — وإن دل على معنى التمليك للاعيان — يضـــيف التمليك إلى ما بعد الموت ، فلا يصلح للتعبير عن الزواج المفيد للتمليك حال الحياة وفى الحال . وأما الاجارة فان التمليك المستفاد منها تمليك المنافع بصفة مؤقتة ، فلا ينعقد بها الزواج المشروع على وجه التأبيد والـــدوام •

أما القبول فلا يشترط فيه لفظ خاص ، بل يتحقق بكل ما يدل على الرضا والموافقة ، مثل : قبلت ، ورضيت ، ووافقت ، وأمضيت •

١٥ — وكما ينعقد الزواج بهذه الألفاظ العربية الفصيحة ، ينعقد فى المذهب الحنفى بالألفاظ العامية مثل : جوزتك نفسى ، وبالألفاظ الدالة على إنشاء الزواج من اللغات غير العربية ولو كان المتكلم قادرا على الكلام بالعربية ؛ لأن المقصود هو المعانى لا الألفاظ ، والعقود لا تتقيد بلغة خاصة •

ويرى الامامان : الشافعى وأحمد عدم انعقاد الزواج إلا بلفظى

---

(١) من الواضح اننا نذكر مثل هذا — ولا يكاد يحدث — تكميلا للجانب النظـــرى •

النكاح والتزويج ومشتقاتهما فقط (١) ، كما لا ينعقد الزواج باللفظ غير العربى لمن كان قادرا عليه (٢) ، وحجتهما فى ذلك أن هذين اللفظين هما اللذان وضعا فى اللغة العربية لمعنى الزواج ، ووردا على لسان الشرع فى التعبير عنه ، وهو عقد له اعتبار دينى ، وفيه معنى العبادة والتقرب إلى الله تعالى (٣) فيقتصر فى التعبير عنه على ما ورد فى لسان الشرع ، ولأن ألفاظ الهبة والتمليك ونحوها ليست صريحة فى معنى الزواج الذى يشترط لصحته حضور الشهود ، وهى لا تستعمل فيه إلا بالنية وهى خافية على الشهود (٤) .

والحق ما ذهب إليه الاحنــاف ، لما ذكرنا من ورود لفظى الهبة والتمليك (٥) فى لسان الشرع أيضا ، فيكون ذلك أصلا فى انعقــاد الزواج بالألفاظ المجازية .

---

(١) وبهذا قال سعيد بن المسيب ، وعطاء ، والزهرى ، وربيعة . أما الثورى والحسن بن صالح وابو ثور وابو عبيد وداود فيوافقون الحنفية فى انعقاد الزواج بلفظ الهبة والتمليك والبيع والصدقة . وقال مالك : ينعقد بذلك اذا ذكر المهر (المغنى ٧ ص ٤٢٩) وانظر نهاية المحتاج ج ٥ صفحة ١٦٣ .

(٢) بل قال الفقيه الحنبلى ابو الخطاب : عليه أن يتعلم العربية ، لأن ما كانت العربية شرطا فيه يلزمه تعلمها مع القدرة كالتكبير (المغنى ج ٧ ص ٣٣٠) .

(٣) وذلك لما فيه من الاستجابة لدعوة الشرع ، واعفاف النفس ، واعفاف الغير بطريق مشروع . لكننا نرى ان هــذا التعليل لا يتفق مع ما روى عن الشافعية عند الكلام فى حكم الزواج من ان الزواج مبــاح كالاكل وغيره ، ولا يدخل فى دائرة العبادات .

(٤) المغنى ج ٧ .

(٥) والقول بان انعقاد الزواج بلفظ الهبة من خصوصيات الرسول ، استنادا لقوله تعالى : « خالصة لك من دون المؤمنين » قول لا يظهر له

=

وما فى الزواج من معنى القربة والطاعة لا يستلزم انعقاده بألفاظ خاصة ، فان الصدقة والعتق أدخل فى معنى العبادة منه ، لما فيه من حظ النفس ، واشباع الغريزة ، ولم يشترط فيهما لفظ خاص (١) • أما خفاء النية على الشهود فغير مسلم ، لوجود القرائن التى تدل عليها •

اتحاد مجلس الايجاب والقبول :

١٦ — ويشترط أيضا لانعقاد العقد اتحاد مجلس الايجاب والقبول، ليتحقق الارتباط بينهما ، فاذا صدر الايجاب فى مجلس ، ثم صدر القبول بعد ذلك فى مجلس آخر ، لم يرتبط القبول بالايجاب ، لسقوطه بانفضاض المجلس • أما إذا صدر الايجاب والقبول فى مجلس واحد فان العقد ينعقد ، لاتصال القبول بالايجاب ، الدال على توافق ارادتيهما فى وقت واحد •

= معنى ، اذ ما قيمة هذه الخصوصية التى تستبدل لفظا بلفظ . والحق أن هذه الخصوصية هى اباحة تزوجه بدون مهر ، بدليل قوله تعالى بعد ذلك : « قد علمنا ما فرضنا عليهم فى أزواجهم وما ملكت أيمانهم ، لكيلا يكون عليك حرج .. » ، فقد كانت الخصوصية لرفع الحرج ، ولا حرج ولا مشقة فى استعمال لفظ الزواج ، حتى يرفع باستعمال لفظ الهبة ، انما الحرج فى ايجاب المهر •

(١) يقول ابن تيمية : « انه — اى النكاح — وأن كان قربة ، فانما هو كالعتق والصدقة لا يتعين له لفظ عربى ولا عجمى .. ثم الاعجمى اذا تعلم العربية فى الحال قد لا يفهم المقصود من ذلك اللفظ كما يفهم من اللغة التى اعتادها .. نعم لو قيل : تكره العقود بغير العربية لغير حاجة ، كما تكره سائر انواع الخطاب بغير العربية لغير حاجة لكان متوجها — اى له وجه مقبول — كما روى عن مالك واحمد والشافعى ما يدل على كراهية اعتياد المخاطبة بغير العربية لغير حاجة « الفتاوى ج ٣ ص ٢٧ » •

وليس المراد بذلك أن يصدر القبول فور الايجاب (١) ، بل المقصود ألا يوجد فاصل بينهما يدل على الاعراض من الموجب أو من القابل . فاذا لم يحدث هذا الفاصل ، وتم القبول ، ارتبط بالايجاب .

والأصل فى ذلك أن الايجاب ألفاظ تنتهى بمجرد التلفظ بها ولا تكون موجودة ، وقد اعتبرت — فى العرف — باقية حكما مدة بقاء المجلس ، حتى يكون للطرف الآخر فرصة النظر والتروى فى قبول الايجاب ، اذا انصرفا أو انصرف أحدهما قبل القبول انفض المجلس حقيقة ، واذا حدث اعراض مع بقائهما فى مكان واحد انفض المجلس حكما .

وليس المراد بالمجلس مكان وجود المتعاقدين — كما فهم بعض الفقهاء — بل المراد المجلس الاعتبارى الحكمى للايجاب والقبول ، وهو قائم ما لم يوجد ما يدل على الرجوع فى الايجاب أو سقوطه أو رفضـــه .

موافقة القبول للايجاب :

١٧ — ويشترط للانعقاد أيضا موافقة القبول للايجاب موافقـــة صريحة أو ضمنية ، فاذا قال رجل لآخر : زوجتك بنتى « فلانة » ، فقبل الآخر زواج بنته « علانة » ، وإذا قال : زوجتك بنتى فلانة وبمهر ألف جنيه . فقال الآخر قبلت زواجها والمهر عشرون أردبا من القمح ، وإذا قال : زوجتك بنتى « فلانة » بمهر مقداره ألف جنيه ، فقال الآخر : قبلت زواجها بمهر مقداره خمسمائة ، وإذا قال الرجل : تزوجت بنتك بمهر مقداره خمسون جنيها ، فقال الآخر : قبلت تزوجها بمائة . لم ينعقد العقد فى جميع هذه الصور ، لمخالفة القبول للايجاب

(١) ويشترط الامام الشافعى صدور القبول فور الايجاب .

فى محل العقد فى الصورة الاولى ، وفى جنس المهر فى الصورة الثانية وفى مقداره فى باقى الصور (١) .

أما إذا قال الرجل للمرأة : تزوجتك بمهر هو مائتا جنيه ، فقالت : قبلت بمائة ، أو قالت له : زوجتك نفسى بمهر هو مائة جنيه ، فقال لها : قبلت بمائتين ، فان العقد ينعقد لوجود الموافقة بين الايجاب والقبول ضمنا ، بل أن الموافقة فى هاتين الصورتين أوضح وأظهر .

ثم أن المهر هو مائة الجنيه فى الصورة الاولى (٢) ، لأن المرأة تعتبر قد أسقطت عنه مائة ، والاسقاط لا يتوقف على قبول الطرف الآخر . ويكون مائة جنيه فى الصورة الثانية أيضا ، لأنها هى التى حصل عليها الاتفاق بين الايجاب والقبول ، ولا تجب المائة الثانية إلا إذا قبلتها الزوجة فى مجلس العقد ، لأن هذا تمليك لها من الزوج ، فيتوقف على قبولها ، إذ لا شىء يدخل فى ملك الانسان جبرا عنه إلا الميراث .

---

(١) ولا يقال : ان المهر اثر من آثار عقد الزواج وحكم من احكامه . وليس ركنا فيه ولا شرطا ، حتى جاز الزواج دون ذكر له ، بل مع الاتفاق على ان لا مهر . فلا يكون مؤثرا فى انعقاد الزواج ، لا يقال ذلك لأن الموجب ذكر المهر فى الايجاب بجعله جزءا منه ، ويجب موافقة القبول للايجاب فى جميع اجزائه ، اما اذا لم يذكر المهر ، او اذا اتفقا على عدمه فان الواجب يكون هو مهر المثل بحكم الشارع ، وليس الحال كذلك فى هذه الصورة ، حيث ذكر كل منهما مهرا لم يرض به الآخر ، فلم يوافق القبول الايجاب ، ويدل على كون المهر جزءا من الايجاب عند ذكره انه لو قالت امراة لرجل : زوجتك نفسى بمائة جنيه ، وقبل ان تنطق بمقدار المهر سارع الرجل ، قال قبلت ، لم ينعقد الزواج ، لصدور القبول قبل تمام الايجاب .

(٢) التعبير بـ « مائة الجنيه » هو الاصح لغة ، والتعبير بـ « المائة الجنيه » صحيح ، اما التعبير الشائع بـ « المائة جنيه » فخطأ لغوى .

التنجيــــز :

١٨ — ثم يشترط أن يكون كل من الايجاب والقبول منجزا أى غير معلق على شرط فى المستقبل ، ســواء أكان الشرط محقق الوجود فى المستقبل أو كان محتمل الوجود ، وأن يكون غير مضاف إلى زمان مستقبل ، فاذا قالت له : زوجتك نفسى إن عينت فى وظيفة كذا فقال : قبلت ، وإذا قالت له : زوجتك نفسى إذا جاء العام المقبل ، فقال : قبلت ، وإذا قالت له : زوجتك نفسى فقال : قبلت إن استقلت من الوظيفة ، لم ينعقد العقد ، لأن عقد الزواج — كغيره من عقــود التمليك — لا يقبل التعليق على أمر غير موجود ، ويجب أن يكون باتا . وإذا قالت له : تزوجتك ابتداء من أول شعبان المقبل ، فقال : قبلت لم ينعقد العقد أيضا ، لأن الزواج قد شرع بحيث تترتب عليه آثاره فى الحال ، وقد قصدا ترتيب مثار فى الزمن المقبل لا فى الحال ، فلا ينعقد العقد بهذه الصيغة التى أضيفت إلى الزمان المستقبل .

أما إذا حصل التعليق على أمر قد حدث فى الماضى ، أو أمر تحقق حصوله فى الحال ، فان العقد ينعقد ، لأن هذا التعليق فى الصورة واللفظ فقط ، وهو فى الحقيقة تنجيز . لوجود المعلق عليه فعلا ، كما إذا قال لها : تزوجتك أن كانت سنك قد بلغت السادسة عشرة ، فقالت قبلت . وكان عمرها حينئذ قد بلغ هذه السن ، وكما إذا قال لها : تزوجتك . فقالت : قبلت ان رضى أبى ، وكان أبوها حاضرا ، فقبل فى المجلس . وعلى ذلك يكون الممنوع هو التعليق على شرط يتأخر حصوله عن مجلس العقد .

التـــــأبيد :

١٩ — ويشترط للانعقاد أيضا أن لاتكون الصيغة دالة على التأقيت ، فاذا قال رجل لامرأة : أستمتع بك مدة سنة ، أو تزوجتك سنة ، أو مدة إقامتى فى هذا البلد ، أو أى مدة طالت أم قصرت[١] فقالت : قبلت . لم ينعقد العقد ، لأن الزواج شرع على سبيل الدوام والبقاء ، لبناء الأسرة المستقرة ورعاية الأولاد ، فلا ينعقد بما يدل على التأقيت المنافى للتأبيد .

ويشتهر على لسان الفقهاء نوعان من الزواج غير المؤبد : هما الزواج المؤقت ، وزواج المتعة .

زواج المتعـــة :

٢٠ — أما زواج المتعة فيكون بلفظ التمتع أو الاستمتاع ونحوهما . مثل أن يقول الرجل للمرأة : أتمتع بك مدة شهر بعشرين جنيها ، فتقول: قبلت . وهو زواج باطل (٢) باتفاق جمهور علماء المسلمين . ولم يخالف فى ذلك إلا طائفة الشيعة الامامية الاثنا عشرية (٣) التى ذهبت إلى اباحته ، واستندت فى ذلك إلى ما روى من اباحته فى الصدر الاول للاسلام مع عدم وجود ما يدل على نسخه ، كما استندت إلى ظاهر

---

(١) روى الحسن عن أبى حنيفة أنه اذا ذكر فى عقد الزواج مدة لا يعيش مثلهما اليها ، صح النكاح ، لانه فى معنى المؤبد ، كما اذا قال لها : تزوجتك مائتى سنة .

(٢) انظر زاد المعاد فى هدى خير العباد لابن القيم جـ ١ ص ٤٠١ ، ٤٤٢ وتنزيه القرآن عن المطاعن لقاضى القضاة عبد الجبار ص ٨٤ .

(٣) وقد اختلف الفقهاء فى عقوبة من يقترفه ، فذهب بعضهم الى حده حد الزنى ، ورأى بعضهم تعزيره ، ويشهد لوجوب الحد قول ابن عمر : « والله لا أعلم احدا تمتع وهو محصن الا رجمته بالحجارة » . =

قوله تعالى : « فما استمتعتم به منهن فآتوهن أجورهن فريضة » حيث أوجبت الآية إعطاء مال للمرأة نظير الاستمتاع بها ، وسمت ذلك أجرا ، والاستمتاع بالمرأة غير الزواج بها ، والأجر غير المهر ، فيكون فى هذا دليل على اباحة زواج المتعة . وقد كان ابن عباس يفتى بجوازه لذلك .

= وحقيقة المتعة — كما فى كتب الامامية — هى النكاح المؤقت بأمد معلوم ، أو مجهول ، وغايته الى خمسة وأربعين يوما ، ويرتفع النكاح بانقضاء الوقت فى المنقطعة الحيض ، وبحيضتين فى الحائض ، وبأربعة أشهر وعشر فى المتوفى عنها زوجها ، وحكمه الا يثبت لها مهر غير المشروط ، ولا تثبت لها نفقة ولا توارث ولا عدة الا الاستبراء بما ذكر ، ولا يثبت به نسب الا أن يشترط ، وتحرم المصاهرة بسببه (سبل السلام جـ ٣ ص ١٣٩ ط الاستقامة) ، والشيعة الامامية تستعمل المتعة الآن ، واكثر ما تستعملها فى الاسفار ونحوها ، وبعضهم يتعصب لها ويراها قربة ، ويروى فى ذلك قول أحد أئمتهم : « ليس منا من لم يستحل متعتنا » . ويقول الاسنوى : أخبرنى بعض من أثق به أن قاضى المدينة أخبره أن بالمدينة مكانا موقوفا على نكاح المتعة ، ومستحما موقوفا على الاغتسال منها (نهاية السول فى شرح منهاج الاصول جـ ٣ ص ٩٠٦) وقد روى الكافى أن الباقر سئل عن المتعة ، فقال : أحلها الله فى كتابه وسنة نبيه ، فهى حلال الى يوم القيامة ، ولم ينته عن المناقشة بينه وبين السائل الا حين قال له : ايسرك أن نساءك وبناتك واخواتك وبنات عمك يفعلن ذلك ؟ (ضحى الاسلام للاستاذ الدكتور أحمد أمين جـ ٣ ص ٢٥٩) ، ويقول الامام الاكبر الشيخ شلتوت : أن الرأيين فى زواج المتعة لا يمكن أن يوضعا فى ميزان واحد ، فضلا عن تساوى كفتيهما ... وأن الشريعة التى تبيح للمرأة أن تتزوج فى السنة الواحدة أحد عشر رجلا ، وتبيح للرجل أن يتزوج كل يوم ما يمكن من النساء ، دون تحميله شيئا من تبعات الزواج . أن شريعة تبيح هذا لا يمكن أن تكون هى شريعة الله رب العالمين ، ولا شريعة الاحصان والاعفاف (الفتاوى ص ٢٥٠) . ولهذا عجبت من فتوى نسبت اليه تجيز التعبد على هذا المذهب الجعفرى ، ونشرتها المجلات والصحف ، ولم تساعدنى الظروف للقاء الامام وكانت لى به صلة ، حتى اعرف الحق فى ذلك ، ولعلى اصل الى هذا عن طريق ابنائه وتلاميذه .

أما جمهور الفقهاء فيستدلون على بطلانه بقوله تعالى فى أوصاف المؤمنين : « والذين هم لفروجهم حافظون إلا على أزواجهم ••• » والمتمتع بها ليست زوجة باتفاق فقهاء المسلمين ، حتى الشيعة أنفسهم، فانهم — مع قولهم باباحة المتعة — لا يعطون المرأة حقوق الزوجة فى النفقة والميراث •

أما ما ذكره الشيعة من اباحة المتعة فى الزمن الأول للاسلام ، فانما كان مرحلة من مراحل التشريع ، دعت إليها ضرورات قاهرة كما حدث فى بعض الغزوات ، حينما اشتدت على المسلمين العزوبة والبعد عن النساء ، وكان فى منعهم منها فى ذلك الوقت — وبخاصة الجند المحاربين — تضييق واعنات لهم ، لقرب عهدهم بالجاهلية التى كانت تبيح لهم متعة النساء • والتدرج فى التشريع قاعدة من القواعد التى بنى عليها التشريع الاسلامى بحكمته ورحمته ، كما حدث فى تحريم الخمر • وبعد أن قويت عزيمة المسلمين ، وبعدت صلتهم بالجاهلية الأولى وبدأت انتصاراتهم لتكوين دولتهم ، حرم النبى — ﷺ — المتعة بالنساء تحريما قاطعا مؤبدا ، وكان من ذلك قوله يوم الفتح — فتح مكة : « يا أيها الناس ، إنى كنت قد أذنت لكم فى الاستمتاع بالنساء ، وإن الله حرم ذلك إلى يوم القيمة ، فمن كان عنده منهن شىء ، فليخل سبيله ، ولا تأخذوا مما آتيتموهن شيئا (١) » وقد ورد عنه — ﷺ — النهى عنها ست مرات فى ست مناسبات (٢) ليتأكد التحريم ويظهر أمره للمسلمين •

---

(١) رواه أحمد ومسلم ، نيل الأوطار جـ ٦ ص ١١٥ •

(٢) انظر سبل السلام جـ ٣ ص ١٣٩ ، وبداية المجتهد جـ ٢ ص ٥٤ .

وأما الآية التى استدلوا بها ، فليست فى زواج المتعة بل فى الزواج الدائم ، بدليل أن ما قبلها وما بعدها من الآيات فيه • والتعبير فى الآية بالاستمتاع لا يراد به متعة الامامية ، بل الاستمتاع بالزوجة الشرعية ، كما أن الأجور فى هذه الآية هى المهور ، وقد عبر القرآن عن المهر بالاجر على سبيل المجاز كما جاء فى قوله تعالى : « فانكحوهن باذن أهلهن وآتوهن أجورهن بالمعروف » وقوله تعالى : « إذا آتيتموهن أجورهن محصنين غير مسافحين ولا متخذى أخذان » •

وأما ما روى عن ابن عباس — وقد نسبت إليه أقوال غريبة ، طلبا لرواجها ، لاطلاق الرسول عليه لقب ترجمان القرآن — فغير مسلم أيضا ، وقد روى من نسب إليه هذه الفتوى أنه قد رجع عنها بعد مناقشات بينه وبين سائر أى باقى الصحابة ، الذين كانوا يرون التحريم الشامل لجميع الأحوال ، بينما كان يرى ابن عباس — فى هذه الرواية — أن التحريم ليس شاملا لحالة الاضطرار التى تباح فيها المتعة للضرورة ، كما يباح الخمر والخنزير للضرورة أيضا ، ولما علم ابن عباس أن الناس قد توسعوا فى المتعة فى حالة الضرورة وغيرها اغترارا بفتواه الاولى ، وقيل له : أنها فتياك التى سارت بها الركبا، قال سبحان الله ، ما بهذا أفتيت ، وما هى الا كالميتة لا تحل إلا للمضطر، هذا هو رأيه الأول عند هذا الفريق ، وقد رجع عنه إلى رأى الجماعة، روى محمد بن كعب عن ابن عباس قال : إنما كانت المتعة فى أول الاسلام ، كان الرجل يقدم البلدة ليس له بها معرفة ، فيتزوج المرأة بقدر ما يرى أنه يقيم ، فتحفظ له متاعه ، وتصلح له شأنه ، حتى نزلت الآية : « ••• إلا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم » قال ابن عباس:

فكل فرج سواهما — أى الزوجة والمملوكة ملك يمين(١) — حرام (٢) .

الزواج المؤقت :

٢١ — والزواج المؤقت يكون بلفظ النكاح أو الزواج أو غيرهما من الألفاظ الصالحة لانشاء عقد الزواج ، ويتم بحضور الشهود إلا أن الصيغة فيه تكون دالة على التأقيت (٣) . ولهذا كان فى معنى زواج المتعة . وكان باطلا عند جمهور الفقهاء ، وقد خالف زفر من أئمة الحنفية فى ذلك . وقال : أن الزواج المؤقت مستوف لأركانه وشروطه، وقد اقترن به شرط باطل وهو التأقيت . فيكون الزواج صحيحا ومؤبدا

---

(١) كان من حكمة الاسلام تخطيطا لانهاء الرق اباحة الصلة بمملوكة اليمين . حتى اذا ما ولدت منه ، حررها بنفسه ، حتى لا تبقى أم ولده رقيقا . فاذا لم يستجب لذلك ، ومات عنها كانت « أم ولده » وأصبحت حرة، وقيل فى ذلك حررها ولدها .

فالاسلام — عند الفاقهين لاحكامه — جاء بانهاء الرق . وخطط لذلك تخطيطا لا يؤدى الى هزات اقتصادية أو اجتماعية ، نظرا لأن نظام الرق كان سائدا فى العالم ، وكان عنصرا كبيرا من عناصر الثروات ، كما كان اساسا فى خدمة المصانع والمزارع والمنازل ، وانظر فى ذلك « من حقوق الانسان حق الحرية » للمؤلف لترى عظمة الاسلام التى يجهلها بعض أبنائه حتى من كبار المثقفين ، الذين تلقوا العلم عن أعدائه ، أو التى يتجاهلها بعضهم استجابة لأعدائهم ، وعندهم المفسدان المال والنسوان ، وعندهم أيضا وسائل التمكين فى الدنيا حتى فى البلاد الاسلامية ، وبقوة السلاح فى آخر المطاف ، ولله الامر من قبل ومن بعد .

(٢) نيل الاوطار جـ ٦ ص ١١٤ ، وقد جاء فيه أيضا — ص ١١٦ أن جعفرا الصادق من ائمة الامامية كان يقول بتحريم المتعة حيث نقل البيهقى عنه انه سئل عن المتعة فقال : هى الزنى بعينه .

(٣)وان تزوجها بغير تصريح بالتأقيت الا أن فى نيته طلاقها بعد شهر، أو اذا انقضت حاجته فى هذا البلد ، فالنكاح صحيح فى قوله عامة اهل العلم ، الا الاوزاعى — المدفون فى بيروت — الذى قال هو نكاح متعة (المغنى جـ ٧ ص ٥٧٣ والأم جـ ٣ ص ٦٥) .

ويبطل الشرط . وإنما صح الزواج وبطل شرط التأقيت ، لأن من المقرر أن الزواج لا يبطل بالشروط الفاسدة . كما إذا قال رجل لامرأة : تزوجتك على أن أطلقك بعد سنة ، وقالت : قبلت ، فان الزواج يصح ويبطل الشرط باتفاق أئمة المذهب الحنفى ، ولا فرق عند زفر بين قوله هذا وقوله : تزوجتك مدة سنة ، فالمعنى فيهما واحد .

والفرق بين الصيغتين عند باقى أئمة المذهب أن التأقيت فى قوله : « تزوجتك مدة سنة » جزء من الايجاب ، حيث جعل الزمن ظرفا لقوله : تزوجتك ، فالتأقيت فى الصيغة نفسها ، فيبطلها . أما قوله : « تزوجتك على أن أطلقك بعد سنة » فقد وردت فيه الصيغة مطلقة عن الزمان « تزوجتك » واقترن بها شرط « الطلاق بعد سنة » فصح العقد وبطل الشرط [1] .

انعقاد الزواج بالكتابة والاشارة والرسالة :

٢٢ — وإذا عجز الانسان عن التكلم بأن كان أخرس ، انعقد زواجه باشارته المفهمة . إذا كان عاجزا عن الكتابة أيضا ، لأنه لا وسيلة له سواها ، أما إذا كان قادرا على الكتابة ، ففى رواية « الأصل » أن زواجه لا ينعقد بالاشارة ، لقدرته على الكتابة ، وهى أظهر فى الدلالة وأبعد عن الاحتمالات من الاشارة [2] وفى رواية « الجامع الصغير »[3]

---

(١) ويبطل الحنابلة الزواج فى هذه الصورة أيضا لأن هذا الشرط مانع من بقاء النكاح فأشبه نكاح المتعة (المغنى ج ٧ ص ٥٧٤) .

(٢) اخذ بهذا قانون الوصية المصرى رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ فى المادة الثانية « تنعقد الوصية بالعبارة أو بالكتابة فاذا كان الموصى عاجزا عنها انعقدت الوصية باشارته المفهمة » ومن قبله أخذ القانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ فى المادة ١٢٨ التى ذكرت أن اقرار الاخرس باشارته المعهودة ولا يعتبر اقراره بالاشارة اذا كان يمكنه الاقرار بالكتابة .

(٣) الاصل والجامع الصغير كتابان للامام محمد بن الحسن صاحب ابى حنيفـــة .

أن زواجه ينعقد بالاشارة كما ينعقد بالكتابة ، لأنه عجز عن الاصل وهو التلفظ . فيكتفى منه بما يدل على المقصود اشارة أو كتابة •

هذا هو حكم الاخرس ومعتقل اللسان . أما القادر على التلفظ فلا ينعقد زواجه مع الحاضر الا بعبارته الملفوظة ، لأنها الأصل فى التعبير عن الارادة لوضوحها وظهورها ، ولأن عقد الزواج يشترط لصحته — كما سيأتى — اعلانه بحضور شاهدين يشــهدان عليه ، وذلك يكون بتلفظ العاقدين وسماع الشاهدين (١) •

فاذا كان العقد بين غائبين . انعقد العقد برسالة شفوية أو كتابية، لتعذر مشافهة الحاضر للغائب . فاذا أرسل إليها كتابا يحمل ايجابه « تزوجتك » وبلغها الكتاب وأحضرت شاهدين وقرأت عليهما الايجاب، أو أعلمتهما به . وقبلت الزواج . تم العقد ، ويعتبر الشاهدان قد سمعا الايجاب والقبول معا فى مجلس العقد . لأن قراءة الخطاب قائمة مقام الايجاب ، وقد انضم إلى ذلك قبولها • كما ينعقد الزواج أيضا برسالة شفوية يحملها رسوله إليها متضمنة ايجابه ، فاذا اتصل به قبولها انعقد العقد (٢) •

---

(١) جاء فى كتاب الدرر « لو كتب الحاضر على شيء لامرأة ، زوجينى نفسك ، فكتبت المرأة على ذلك الشيء عقبه ، زوجت نفسى منك ، لا ينعقد الزواج » وانظر فى التعاقد بين الحاضرين بالكتابة : التعبير عن الارادة فى الفقه الاسلامى للدكتور وحيد الدين سوار ص ٢٠٨ وما بعدها .

(٢) ويبقى بعد ذلك اثبات أن هذا الكتاب أو الرسول من الموجب ، وهذا شيء خارج عن العقد الذى انشيء صحيحا ، فاذا أنكر الموجب صدور الكتاب أو الرسالة منه ، اثبت بالبينة الشرعية ، هذا هو الحكم الفقهى، ولكن القانون المصرى منع سماع الدعوى بهذه الزوجية عند الانكار الا اذا كانت ثابتة بوثيقة رسمية .

الزواج لا ينعقد بالافعال :

٢٣ — وعقد الزواج لا ينعقد بالافعاله (١) بخلاف البيع (٢) فاذا قالت امرأة لرجل : زوجتك نفسى بمائة جنيه فمد يده إليها مسلما دلالة على قبوله ، أو أقبضها المهر فى المجلس دون أن يصدر منه قبول لفظى ، ولو اتفق رجل وامرأة على المهر ثم سلمت نفسها إليه دون ايجاب وقبول ، لم ينعقد الزواج الذى يجب الاحتياط فيه والتعبير عنه بالألفاظ دون غيرها من وسائل التعبير التى لا تظهر ظهورها إلا عند الضرورة وعدم القدرة .

أما إذا قال رجل فضولى لامرأة : زوجتك فلانا بمائة جنيه وقبلت المرأة . فان الزواج ينعقد بهذه الالفاظ ، ويكون موقوفا على اجازة الزوج ، فاذا علم بالعقد فدفع المهر دون أن يتلفظ بالاجازة الصريحة ، كان العقد نافذا بذلك ، لأن الزواج نفسه قد انعقد بين الفضولى والزوجة بالألفاظ ، ولم يبق إلا اجازته لنفاذه — وهى أمر خارج عن الانعقاد، فيكتفى فيها بما يدل عليها ولو كان ذلك فعلا كتسليم المهر .

انعقاد الزواج بعاقد واحد (٣) :

٢٤ — هذا ولا يشترط لانعقاد الزواج أن يتولاه عاقدان يصدر أحدهما الايجاب والآخر القبول — كما هو الشأن فى غيره من العقود —

(١) انظر التعبير عن الارادة فى الفقه الاسلامى للدكتور وحيد الدين سوار ص ٢٣٨ (رسالة الدكتوراه) .

(٢) انظر الفروق للقرافى فى الفرق ١٥٧ .

(٣) خالف فى ذلك الشافعى وزفر وذهبا الى ان عقد الزواج لا ينعقد بعبارة تصدر من عاقد واحد ، لأن العقد ايجاب وقبول ، وهما شطران متقابلان يقع أحدهما جوابا للاخر ، فلا يمكن قيامهما بشخص واحد . واستثنى الشافعى للضرورة عقد الزواج الذى يعقده الجد لابن ابنه وبنت ابنه الآخر لأنه الولى عليهما ، ولابد من الولى فى عقد الزواج عنده.

بل يجوز أن يتولاه عاقد واحد . بصيغة واحدة تعبر عن الايجاب والقبول . أو بعبارتين تعبران عنهما (١) وإنما جاز ذلك فى عقد الزواج دون البيع مثلا . لأن حقوق العقد والتزاماته فى الزواج لا ترجع إلى العاقدين . فلا يطالب وكيل الزوج بالمهر أو النفقة ، ولا يطالب وكيل الزوجة بتسليمها . وليس الوكيل فى الزواج إلا سفيرا ومعبرا فقط ، فلم توجد التزامات متضادة فى شخص واحد بخلاف عقد البيع ، الذى ترجع فيه الحقوق إلى العاقد نفسه . والعاقد الواحد لا يصلح لأن يكون بائعا ومشتريا فى وقت واحد . لتنافى التزامات كل منهما ، فالبائع مطالب بتسليم المبيع وقبض الثمن ، والمشترى مطالب بتسلم المبيع وإقباض الثمن . ولا يصلح الشخص الواحد للتسليم والتسلم ، والقبض والاقباض .

٢٥ — وتولى عاقد واحد للزواج له صور تسع ، يتولى العقد فى خمس منها صاحب ولاية شرعية فى الجانبين ، ويتولى العقد فى أربع منها فضولى عن الجانبين أو عن أحدهما .

أما الخمس فينعقد فيها العقد باتفاق أبى حنيفة وأبى يوسف ومحمد وهى :

---

(١) وقد روى أبو داود فى سننه عن عقبة بن عامر أن النبى ﷺ قال لرجل من أصحابه : أترضى أن أزوجك فلانة ؟ قال : نعم ، وقال للمرأة مثل ذلك فوافقت ، فزوج أحدهما من صاحبه ، وهذا دليل على انعقاد الزواج بعاقد واحد ، وقد استدل محمد بن الحسن على جواز ذلك بقوله تعالى : « ويستفتونك فى النساء ، قل الله يفتيكم فيهن وما يتلى عليكم فى الكتاب فى يتامى النساء اللاتى لا تؤتوهن ما كتب لهن وترغبون أن تنكحوهن .. » حيث عاتب الله الاولياء فى تزوج من كانت من أهل المال والجمال بدون صداق ، وترك تزوج من كانت قليلة المال والجمال ، فدل هذا على أن الولى يصح له تزويجها لنفسه اذ لا يعاتب أحد على ترك ما هو حرام عليه (نيل الاوطار جـ ٦ ص ١١٤) .

١ — أن يكون متولى العقد أصيلا من جانب ، ووليا من جانب آخر ، مثل أن يتزوج رجل بنت عمه الصغيرة المشمولة بولايته ، فيقول : تزوجت بنت عمى فلانة •

٢ — أن يكون أصيلا من جانب ، ووكيلا من الجانب الآخر ، مثل ان يقول : زوجت نفسى من فلانة ، وكانت قد وكلته فى عقد زواجها به•

٣ — أن يكون وليا من الجانبين ، مثل أن يزوج الجد ابن ابنه ببنت ابنه الآخر ، وهما فى ولايته فيقول : زوجت فلانة لفلان •

٤ — أن يكون وكيلا عن الجانبين : كأن يوكله كل من الرجل والمرأة فى عقد زواجهما ، فيقول زوجت موكلتى فلانة لموكلى فلان •

٥ — أن يكون وليا من جانب ووكيلا من جانب ، فيزوج بنته المشمولة بولايته لمن وكله فى عقد زواجه بها ، ويقول زوجت بنتى فلانة لموكلى فـــلان •

وانما انعقد الزواج فى هذه الصور الخمس ، لأن الصفة الشرعية للعاقد فى تولى العقد بالأصالة أو الولاية أو الوكالة — خولت له ذلك ، وكانت عبارته معبرة عن ارادتين بحكم هذه الصفة الشرعية •

وأما صور الفضولى الأربع فهى :

١ — أن يكون العاقد أصيلا من جانب ، وفضوليا من جانب ، فيقول زوجت نفسى من فلانة ، وليس وليا عليها ، ولا وكيلا عنها •

٢ — أن يكون العاقد وليا من جانب ، وفضوليا من جانب ، فيقول زوجت بنتى فلانة — وهى فى ولايته — لفلان ، ولم يكن وكيلا عنه . ولا وليا عليه •

٣ — أن يكون العاقد وكيلا من جانب ، وفضــوليا من الجانب الآخر، فيقول زوجت موكلى فلان من فلانة التى لم توكله ، ولم تدخل فى ولايته •

٤ — أن يكون العاقد فضوليا من الجانبين كأن يقول : زوجت فلانة لفلان . وليس وليا على أحد منهما ولا وكيلا عنه •

وقد اختلف فيها رأى أبى يوسف مع رأى أبى حنيفة ومحمد ، فرأى أبو يوسف انعقاد العقد فيها أيضا كالصور الخمس المتفق عليها ، إذ لا فرق بينها فى كون العاقد الواحد هو الذى تولى العقد فيها ، وكونه فضوليا لا يؤثر فى انعقاد العقد . وإنما يؤثر فى نفاذه . فينعقد موقوفا على الاجازة • ثم أن الزواج ينعقد إذا تولاه فضوليان عن الزوج والزوجة باتفاق الائمة الثلاثة ، ولا فرق بين هذه الصور المتفق عليها وغيرها من الصور الأربع إلا فى تعدد العــاقدين حقيقة فى صــورة الفضوليين . بخلاف الصور الاخرى التى يتولى العقد فيها عاقد واحد، ولا أثر لذلك فى انعقاد عقد الفضولى ؛ لأنه واحد حقيقة . ومتعدد حكما . لقيام عبارته مقام عبارتين •

ورأى أبو حنيفة ومحمد أن الزواج لا ينعقد فى صور الفضولى الأربع . ولا يصح قياسها على الصور الخمس التى كان للعاقد فيها صفة شرعية — من أصالة أو ولاية أو وكالة — جعلت عبارته — حين التلفظ بها — قائمة مقام عبارتين . أما الفضولى فليس له هذه الصفة حتى تكون عبارته قائمة مقام الايجاب والقبول . فيكون الصادر منه هو الايجاب فقط . وهو جزء العقد لا كله ، فلا يكون هناك عقد حتى يتوقف على الاجازة . ولا وجه أيضا لقياس عقد الفضولى الواحد على

عقد الفضوليين ، لأن أحدهما يتولى الايجاب ، ويتولى الآخر القبول، فيتحقق شطرا العقد بعبارتهما ، وينعقد العقد موقوفا على الاجازة ، بخلاف الفضولى الواحد الذى لا يكون منه إلا الايجاب فقط •

اقتران عقد الزواج بشرط

عقد الزواج المقترن بالشرط هو الذى صدرت فيه الصيغة مقترنا بها أحد الشروط ، مثل أن يقول الرجل للمرأة : تزوجتك على مهر مقداره كذا بشرط أن أبقى فى دار أبى • والشرط الذى أضيف إلى العقد إما أن يكون مما يقتضيه العقـــد أو مما يلائمه أو مما ورد به الشرع أو مما جرى عليه العرف وإما ألا يكون كذلك ، فان كان الشرط من النوع الاول فان العقد يصح والشرط يصح ويجب الوفاء به ، كأن يقول الزوج : تزوجتك بشرط ألا تخرجى من بيتى إلا بعذر ، وكأن تقول الزوجة : تزوجتك بشرط أن يكون مهرى كله معجلا ، أو بشرط ألا أسكن مع ضرة أو بشرط أن تنفق على ، وإن كان الشرط من النوع الثانى صح العقد وبطل الشرط ، وذلك مثل أن يقول الزوج : تزوجتك على ألا أنفق عليك ، أو على أن لا مهر لك ، أو على أن تنفقى على البيت أو تقول الزوجة : تزوجتك على شرط أن أبقى فى دار أبى ، أو على شرط أن تطلق امرأتك الموجودة فى عصمتك ، فالعقد صحيح والشرط باطل •

ليس فى عقد الزواج خيار شرط ولا رؤية

المشـــهور فى المذهب الحنفى أن الزواج لا يقبل خيـــار الشرط ولا خيار الرؤية ، ولا يقبل خيار العيب إلا لواحد من ثلاثة عيـــوب هى أن يكون الزوج مجبوبا أى مقطوع عضو الذكورة أو خصيا أى

قطعت خصيتاه أو عنينا لا يريد الجماع أو لا يستطيعه ، فان كان بالزوج واحد منها كان للزوجة خيار الفسخ أى طلب فسخ عقد الزواج، وجاء القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ فوسع دائرة العيوب على الوجه الذى سنبينه فى فرق الزوجية •

شروط المعقود عليه :

٢٦ — ويشترط لانعقاد الزواج أن يكون محل العقد قابلا لحكمه أى أثره ، وذلك بأمرين :

١ — أن يكون المعقود عليها أنثى محققة الانوثة ، فلا ينعقد الزواج بالذكر ولا بالخنثى الذى لم يتبين كونه ذكرا أو أنثى •

٢ — ألا يقوم دليل قطعى على تحريم المعقود عليها ، فاذا قام دليل قطعى على التحريم بحيث اتفق عليه الفقهاء ولم تكن هناك شبهة ولا خفاء فى هذا التحريم ، لم ينعقد العقد ، وذلك كالعقد على الأم والبنت والاخت والعمة ، فانه يكون باطلا • أما إذا كان الدليل القائم على التحريم ظنيا ، أو كان فى تحريم المرأة خفاء وشبهة ، أو كان تحريمها محل خلاف بين العلماء ، أو كان هناك جهل بسبب الحرمة ، فان الزواج ينعقد ولا يكون باطلا ، لعدم القطع بالتحريم ، بل يكون فاسدا ، وفرق بين البطلان والفساد كما سيأتى ، وذلك كتزوج الرجل بأخت مطلقته التى لاتزال فى عدته من طلاق بائن ، والجمع بين العمة وبنت أخيها ، وتزوج الاخت رضاعا مع الجهل بالرضاع •

شروط صحة الزواج

٢٧ — إذا توافرت الشروط السابقة التى تتعلق بصيغة العقد وبالعاقدين وبالمعقود عليه . والتى هى أركان عقد الزواج ودعائمه .

كان العقد موجودا أو بعبارة أخرى منعقدا ، ولكنه لا يكون صحيحا أى صالحا لترتيب الآثار الشرعية إلا بالاشهاد عليه ، وهذا شرط اختص به عقد الزواج دون غيره من العقود ، حتى يظهر أمره ويعلن بين الناس ، ليكون هناك تفرقة واضحة بين الحلال والحرام ، والنكاح والسفاح . ولهذا ندب الشارع جمع الناس ، واقامة الولائم ، وضرب الدفوف لعقد الزواج ، ويروى فى ذلك عن رسول الله — ﷺ — قول لعبد الرحمن بن عوف حينما تزوج : « أولم ولو بشاة» (١) وقوله : « أعلنوا هذا النكاح ، واجعلوه فى المساجد ، واضربوا عليه بالدفوف ، وليولم أحدكم ولو بشاة » (٢) وقوله : « فصل ما بين الحلال والحرام الدف والصوت فى النكاح » (٣) .

٢٨ — والشهادة فى عقد الزواج شرط لصحته عند الجمهور (٤) لقوله — ﷺ — : « لا نكاح الا بشهود » غير أن الامام مالكا — فى المشهور عنه — لا يوجب أن تكون الشهادة وقت إنشاء العقد . ويكفى عنده الاعلان وقت العقد ، ثم الاشهاد قبل الدخول ، فلو تم العقد وأعلن بدون حضور الشهود ، ثم أشهد عليه بعد ذلك قبل الدخول جـــاز (٥) .

---

(١) رواه مسلم ، سبل السلام ج ٣ ص ١٨٢ .

(٢) المصدر السابق ص ١٢٦ وفيه « انه يشترط فى ذلك الا يصحبه محرم من التغنى بصوت رخيم من امرأة بشعر فية مدح الخدود والقدود . ولا كلام فى انه فى هـــذه الاعصـــار يقترن بمحرمات كثيرة فيحرم لذلك لا لنفسه » .

(٣) نيل الاوطار ج ٦ ص ١٥٩ .

(٤) وفى رواية عن الامام مالك والامام احمد ان الشهادة ليست شرط صحة ، والشرط هو الاعلان فقط استدلالا بأحاديث الاعلان .

(٥) يقول ابن رشد فى بداية المجتهد ونهاية المقتصد ج ٢ ص ١٦ : « اتفق ابو حنيفة والشافعى ومالك على ان الشهادة من شروط النكاح ، واختلفوا هل هى شرط تمام يؤمر به عند الدخول أو شرط صحة يؤمر به عند

ولو تم العقد بحضور الشاهدين ، وقد تواصيا بكتمان العقد وعدم إخبار أحد به ، صح العقد عند أبى حنيفة ، لتحقق الشرط وهو الاشهاد الذى يتبعه حتما إعلان العقد واظهاره ، رغم تعهد الشاهدين بكتمانه ، فكل سر جاوز الاثنين شائع (١) .

وعقد الزواج بحضور الشهود عقد يعلم به أربعة هم الزوجان والشاهدان ، فلا يبقى أمره سرا ، ويرى الامام مالك أن العقد غير صحيح ، لعدم توفر الاعلان حين العقد .

ما يشترط فى الشهود :

٢٩ — ويشترط فى شهود عقد الزواج :

أولا : البلوغ والعقل ، فلا يصح الزواج بشهادة المجانين والمعاتيه ، لعدم ادراكهم معنى العقد . ولا بشهادة الصبيان ولو كانوا فى سن التمييز ، لأنه لا ولاية لهم على أنفسهم ، فلا تكون لهم ولاية الشهادة على غيرهم ، فضلا عن أن عقد الزواج قد حث الشارع على اعلانه وتكريمه ، وليس فى حضور الصبيان تكريم ولا اعلان كريم .

ثانيا : التعدد ، وأقله رجلان أو رجل وامرأتان (٢) يقول الله

= العقد ، على انه لا يجوز نكاح السر ، واختلفوا اذا اشهد شاهدين ووصيا بالكتمان هل هو سر ، أو ليس بسر ، فقال مالك : هو سر ويفسخ ، وقال ابو حنيفة والشافعى : ليس بسر .. وقال ابو ثور وجماعة : ليس الشهود من شروط النكاح لا شرط صحة ولا شرط تمام ، وفعل ذلك الحسن بن على ، وروى عنه انه تزوج بغير شهادة واعلن النكاح » .

(١) وفى هذا المعنى يقول الشاعر :

وسرك ما كان عند امرىء ... وسر الثلاثة غير الخفى

ويقول عمر بن ابى ربيعة :

السر يكتمه الاثنان بينهما ... وكل سر عدا الاثنين منتشر

(٢) ويشترط الشافعية الذكورة فى الشهود ، فلا يصح العقد عندهم بشهادة رجل وامراتين .

تعالى : « واستشهدوا شهيدين من رجالكم ، فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ممن ترضون من الشهداء » فلا يصح العقد بشهادة رجل واحد ، ولا بشهادة رجل وامرأة ولا بشهادة النساء وحدهن .

وإذا زوج رجل بنته الكبيرة — وهى حاضره فى المجلس — ولم يحضر ذلك إلا شاهد واحد ، صح العقد لوجود الشاهدين وهما الأب والشاهد . وإذا كانت البنت صغيرة أو كبيرة غائبة عن مجلس العقد لم يصح العقد لعدم وجود الشاهدين .

والفرق بين الحالتين أن البنت الكبيرة الحاضرة فى مجلس العقد يمكن نسبة العقد إليها واعتبارها هى العاقدة ، إذ أن أباها ليس إلا سفيرا ومعبرا عنها ، فكان العقد صحيحا . أما البنت الصغيرة أو الغائبة فلا يمكن نسبة العقد إليها لصغر الصغيرة وعدم أهليتها لتولى العقد ، وغياب الكبيرة عن مجلس العقد ، فيكون الأب هو العاقد فلا يصلح للشهادة على العقد ، لأن شاهد العقد غير منشئه وعاقده ، فيكون الزواج بحضرة شاهد واحد فلا يصح .

ثالثا : الاسلام إذا كان الزوجان مسلمين ، فلا يصح زواج مسلم بمسلمة بشهادة غير مسلمين ، لأن فى شهادتهما معنى الولاية ، ولا ولاية لغير المسلم على المسلم ، فضلا عن أن حضورهما وشهادتهما لا يتحقق بهما الاعلان بين المسلمين على الوجه الكامل ، فاذا كان الزوج مسلما والزوجة كتابية ، لم يصح زواجهما أيضا — عند محمد وزفر من الحنفية والشافعى وأحمد — إلا بحضور شاهدين مسلمين ، حتى يتم الاعلان الكامل بين المسلمين ، ولأن الشهادة على زواجهما شهادة على الزوج المسلم ، ولا تجوز شهادة غير المسلم على المسلم

كما قلنا ، ويرى الشيخان : أبو حنيفة وأبو يوسف صحة عقد زواجه بشهادة كتابيين ، ولو كانا مخالفين لدين الزوجة ؛ نظرا لأن الشهادة عقد الزواج أظهر فى جانب الزوجة التى هى محل العقد . فتقبل شهاد الكتابيين فى عقد زواج المسلم بالكتابية ، كما أن الكتابى أهل لتولي عقد زواج الكتابية ، فيكون أهلا للشهادة عليه أيضا ، فان من يصلح لتولى ركن العقد وصيغته ، يكون أهلا لتولى الشهادة عليه وهى شر خارج عن حقيقته من باب أولى (١) .

رابعا : سماع الشهود لكلام العاقدين فى وقت واحد وفهمهما المراد منه حتى يتحقق معنى الشهادة ، فلو تم عقد الزواج بحضور نائمين أو أصمين أو رجلين لا يعرفان لغة المتعاقدين ولا يفهمان مرادهما ، لم يصح العقد . ولو سمع الشاهدان الايجاب ولم يسمعا القبول أو لم يفهماه ، لم يصح العقد ، لعدم تحقق الشهادة على أجزاء العقــد كلها . ولو سمع أحدهما الايجاب والآخر القبول ، لم يصح العقد أيضا ؛ لأن شهادة كل منهما على بعض العقد لا على كله ؛ ولو سمع أحدهما الايجاب والقبول ثم أعيد العقد بحضور الثــانى فقط ، لم يصح العقد أيضا ؛ لأن العقد الاول لم يسمعه إلا شاهد واحد ، وكذلك الثانى (٢) .

ثم لا يشترط فى الشهود بعد ذلك أن يكونوا عدولا غير فاسقين ؛ فلو تم العقد بحضور من عرف بالفسق صح العقد عند الاحنــاف ،

---

(١) وهذا ما اخذ به المشروع الموحد ولم تعدله لجنة المراجعة . لأن المقصود من الشهادة هو الاعلان لا الاثبات ، فيبقى امر اثبات الزوجية عند الانكار خاضعا للقواعد العامة فى الاثبات .

(٢) وروى عن ابى يوسف القول بصحة العقد فى هذه الصورة اذا تم ذلك فى مجلس واحد استحسانا .

لتحقق المقصود من الشهادة وهو الاعلان والتكريم بشهادتهما ، ولأن شهادة الفاسق أمام القضاء ليست مردودة فى كل حال ، بدليل قوله تعالى : « يا أيها الذين آمنوا إن جاءكم فاسق بنبأ فتبينوا » فكانت شهادته بمقتضى هذا النص القرآنى الكريم مقبولة بعد التبين والتثبت من صدقه . فتكون كافية فى عقد الزواج ، ويخالف الشافعية والحنابلة فى ذلك ويشترطون عدالة الشهود (١) لصحة العقد ، مستدلين بقوله — ﷺ — : « لا نكاح إلا بولى مرشد وشاهدى عدل » ولأن الفاسق ليس من أهل الكرامة الدينية ، فلا يحصل به تكريم عقد الزواج . ويرد عليهم الحنفية بأن الحديث المروى غير صحيح ، وبأن تكريم عقد الزواج يتحقق بحضور الفاسقين فى غير حال فسقهم ، كما يحدث هذا كثيرا فى عقود الزواج التى يحضرها أصحاب الجاه الدنيوى المعروفون بالفسق .

كما لا يشترط فى الشهود أن يكونوا مبصرين . فلو تم العقد بحضور أعميين يعرفان العاقدين صح العقد ، لتحقق المقصود من الشهادة بشهادتهما .

ولا يشترط أيضا أن يكون الشهود ممن تقبل شهادتهم للزوجين أمام القضاء ، فلو تم العقد بحضور أب الزوج وأب الزوجة أو ابنيهما أو ابنى أحدهما صح العقد ، كما لا يشترط أن يكونوا ممن تقبل شهادتهم على الزوجين أمام القضاء ، فلو تم العقد بشهادة عدوين لهما أو لأحدهما صح العقد أيضا ، ولذلك لتحقق المقصود من الشهادة وهو الاعلان والتكريم ، وليس المقصود بها اثبات العقد أمام القضاء حتى

---

(١) ويكفى فى العدالة ان يكون الشاهد مستور الحال غير معروف بالفسق .

يشترط فى الشهود ذلك ، ويمكن اثبات الزواج شرعا عنـد الانكار بشهادة من لم يحضر العقد ولكنه سمع به ، لأن الزواج مما تقبـل فيه الشهادة بالشهرة والتسامع •

عقد الزواج عقد شكلى :

٣٠ — يقول علماء القانون : إن العقد الشكلى هو الذى لا يتم بمجرد تراضى المتعاقدين ، باقتران القبول بالايجاب ، بل يجب لتمامه وترتب الآثار عليه اتباع شكل خاص •

وعلى هذا يكون عقد الزواج عقدا شكليا ، لأن الشارع لا يعتد به ولا يرتب الآثار عليه بمجرد تراضى المتعاقدين . بل لابد فى ذلك من الاشهاد عليه (١) •

أما اشتراط المشرع المصرى لسماع دعوى الزوجية عند الانكار أن تكون الزوجية ثابتة بأوراق رسمية أو مكتوبة بخط المتوفى على الوجه الذى سنفصله فيما بعد ، فلا تأثير له فى شكلية عقد الزواج ، لأن هذا أمر لا يتعلق بتكوين العقد ، وإنما يتعلق بسماع الدعوى به واثبـاته •

شروط نفاذ الزواج

٣١ — ويشترط لنفاذ عقد الزواج أى ترتيب الآثار عليه فعلا شرطان :

---

(١) يدخل فى فكرة شكل العقد حضور الشهود فى العقـد ان كان شرطا متعلقا بتكوين العقد لا مجرد دليل لاثباته (أصول القانون الدولى الخاص ص ٤٧٠ ط ١٩٥٥ للاستاذ الدكتور كمال فهمى) ، وراجع الوسيط للاستاذ الدكتور السنهورى ج ١ ص ١٥ .

١ — أن يكون كل من الزوجين العاقدين كامل الاهلية بالبلوغ والعقل فلو كانا أو كان أحدهما صبيا مميزا أو معتوها مميزا وتوافرت فيه شروط الانعقاد والصحة ، صح العقد وكان موقوفا على اجازة الولى ، لأن عقد الزواج من التصرفات المترددة بين النفع والضرر ، فان أجازه الولي نفذ وترتب آثاره فعلا ، وان لم يجزه بطل .

٢ — أن يكون لكل من العاقدين صفة تخول له تولى العقـــد ، بالاصالة عن نفسه أو بالولاية على غيره أو بالوكالة عنه ، فلو كان أحد العاقدين أو كلاهما فضوليا صح العقد أيضا ، وتوقف نفـــاذه وترتب آثاره على اجازة صاحب الشأن وهو المعقود له .

شروط لزوم الزواج

٣٢ — عقد الزواج — بعد تحقق انعقاده وصحته ونفاذه — يشترط للزومه أى لئلا يكون لأحد الحق فى فسخه بسبب فى العقد . أن يكون الزواج بكفء [1] وبمهر المثل إذا زوجت البالغة العاقلة نفسها، فاذا تزوجت من غير كفء بمهر المثل أو من كفء بمهر أقل من مهر المثل بدون رضاء وليها ، كان العقد مع صحته ونفاذه غير لازم بالنسبة لوليها ، فيكون له الحق فى الاعتراض على هذا الزواج وطلب فسخه بحكم القضاء . ويستمر هذا الحق ثابتا للولى ولا يسقط إلا إذا ولدت المرأة أو ظهر حملها من هذا الزواج ، وذلك لأن حق الولد ومصلحته

---

(١) كون الكفاءة شرط لزوم فى هذه الحالة هو ظاهر المذهب الحنفى، وقد روى الحسن بن زياد عن ابى حنيفة انها شرط صحة ، كما روى ايضا انها شرط نفاذ ، وينبنى على هذا عدم لزوم العقد عند عدم الكفاءة على الرواية الاولى ، وفساده على الرواية الثانية ، وتوقفه على اجازة الولى بمقتضى الرواية الاخيرة .

فى بقاء العقد بين أبويه أقوى من حق الولى فى الاعتراض على العقد وفسخه .

ويشترط أن يكون الولى المزوج هو الأب أو الجد أو الابن المعروفين بحسن الرأى والتدبير ، فاذا زوج فاقد الاهلية أو ناقصها ولى غير هؤلاء كالأخ والعم . فان عقد الزواج إذا تم مع تحقق الكفاءة ومهر المثل يكون صحيحا ونافذا ، ولكنه لا يكون لازما بالنسبة لفاقد الاهلية أو ناقصها زوجا أو زوجة ، وله حق فسخه بعد بلوغه إذا كان صغيرا . وبعد افاقته إذا كان مجنونا (١) وذلك لأن العقد — وإن كان ظاهر المصلحة من جهة الكفاءة ومهر المثل — قد عقده ولى ليس وافر الشفقة . فلا يطمأن إلى أنه لاحظ اعتبارات أخرى خاصة لها شأنها فى تقدير الزوج أو الزوجة . وقد روى أن قدامة بن مظعون زوج بنت أخيه عثمان من عبد الله بن عمر ، فلما بلغت خيرها رسول الله — ﷺ — فاختارت نفسها .

كما يشترط أن لا يغر الرجل المرأة بدعوى نسب غير حقيقى ، فاذا زوجت العاقلة البالغة نفسها برجل غرها وأفهمها أنه كفء لها بأن أظهر لها نسبا غير حقيقى يكافىء أسرتها مثلا ، فتزوجته على هذا الأساس ، ثم بان لها حقيقة نسبه ، وأنه من أسرة دون أسرتها فان العقد يكون غير لازم بالنسبة لها وبالنسبة لوليها . ولكل منهما الحق فى طلب فسخه .

فان تبين أنه من أسرة تماثل أسرتها وتكافئها ، ولكنها دون الأسرة

---

(١) ويخالف أبو يوسف فى ذلك ويرى أن تزويج غير الاب والجد والابن بالكفء وبمهر المثل حكمه حكم تزويج هؤلاء اكتفاء بالمصلحة الظاهرة التى تحققت بالكفاءة وبمهر المثل .

التى ادعى نسبه إليها ، كان العقد غير لازم (١) بالنسبة لها ، لأن رضاها بزواجه كان على أساس ذلك النسب العالى ، وقد تبين كذبه فيه ، فيكون لها حق الفسخ لعدم تحقق رضائها ، أما الولى فان العقد يكون لازما بالنسبة له ، وليس له الحق فى طلب فسخه ، لأن حقه لا يتعلق إلا بالكفاءة ، وهى موجودة فى هذا الزواج •

الشروط القانونية فى عقد الزواج الرسمى

٣٣ — هذه هى الشروط الفقهية لعقد الزواج . فليس من بينها بلوغ الزوجين سنا معينة ، ولا توثيق العقد فى ورقة رسمية ، ولكن المشرع المصرى اشترط لمباشرة عقد الزواج الرسمى من الموظف المختص ألا تقل سن الزوجة عن ست عشرة سنة ، وألا تقل سن الزوج عن ثمانى عشرة سنة وقت العقد • وقد دعا إلى ذلك أن عقد الزواج له من الاهمية فى الحالة الاجتماعية منزلة عظمى من جهة سعادة المعيشة المنزلية أو شقائها والعناية بالنسل أو اهماله ، وقد تطورت الحال بحيث أصبحت تتطلب المعيشة المنزلية استعدادا كبيرا لحسن القيام بها ، ولا تستأهل الزوجة أو الزوج لذلك غالبا قبل بلوغ هذه السن ، غير انه لما كانت بنية الأنثى تستحكم وتقوى قبل استحكام بنية الصبى ، وما يلزم لتأهل البنت للمعيشة الزوجية يتدارك فى زمن أقل مما يلزم

(١) ويرى زفر لزوم العقد فى هذه الحالة بالنسبة لها أيضا قياسا على ما اذا انتسبت هى الى غير اسرتها ، فانه لا يكون للزوج الحق فى الفسخ ، ويرجح الفقهاء رأى الأئمة الثلاثة ، ولا يرون صحة قياس زفر ، فانه قياس مع الفارق ، لأن له حق الطلاق ، وليس لها ذلك ، كما أن الزوجة تفخر بزواج من يرتفع عنها نسبا .

للصبى . كان من المناسب أن يكون سن الزواج للفتى ١٨ سنة وللفتاة ١٦ سنة (١) .

وحملا للناس على عدم اتمام الزواج دون هذه السن منع المشرع من سماع دعوى الزوجية إذا كانت سن الزوجة تقل عن ست عشرة سنة وسن الزوج تقل عن ثماني عشرة سنة .

كما حمل المشرع الناس على توثيق العقد . حيث نص فى المادة ٩٩ من المرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ على عدم سماع دعوى الزوجية عند الانكار فى الحوادث الواقعة من أول أغسطس سنة ١٩٣١ الا إذا كانت ثابتة بوثيقة زواج رسمية ، سواء أكانت الدعوى فى حياة الزوجين أو بعد وفاتهما أو بعد وفاة أحدهما ، وسواء أكانت الدعوى مقامة من أحد الزوجين أو من غيره .

ووثيقة الزواج الرسمية هى التى تصــدر من الموظف المختص

---

(١) هذا من المذكرة الايضاحية للقانون ، ولم يعدل مشروع القــانون الموحد هذه السن بالزيادة ، حتى لا يقع الشــباب فى المفاســد ، ولا بالتخفيض ، لأن زواج من هم أصغر من ذلك مجلبة للامراض ومضــن للشباب ، ومانع من النمو الطبيعى ، ولكنه زاد على ذلك بالنص على أن كل زواج يعقد لمن هو دون هذه الســن يعاقب من عاقده ومن الزوجين وممثلهما وشاهديه بغرامة ما لم ينص قانون العقوبات على عقوبة اشد ، حملا للناس على احترام هذا القانون ، وقد ابقت لجنة المراجعة على هذه السن ، وتركت النص على العقوبة ، ونصت على بطلان زواج الصغير والصغيرة قبل البلوغ .

هذا وقد طالبت سيدة جعلت من نفسها وصية على المجتمع المصرى رجالا ونساء ، برفع سن الزواج ، ولما سـئلت : ولماذا زوجت بنــاتك صغارا ؟ قالت : ان لنا ظروفنا !! وأقول : اما الناس جميعا فليس لهم هذه الظروف ولا مثلها !! ولله فى خلقه شئون .

بمقتضى وظيفته باصدارها كالقاضى والمأذون داخل القطر والقنصل خارجه (١) •

وقد دعا المشرع إلى اصدار هذا التشريع ما أثبتته الحوادث من أن بعض من لا خلاق لهم عمد إلى ادعاء الزوجية من بعض الاحياء أو الأموات ورفع الدعاوى بها أمام القضاء كيدا أو تشهيرا أو طلبا للمال . اعتمادا على اثبات الزوجية بشهادة الشهود ، وسهولتها من فاسدى الذمم وشاهدى الزور •

المحرمات من النساء (٢)

٣٤ — يحرم على الانسان التزوج ببعض النساء ، وهذه الحرمة قد تكون حرمة مؤبدة ، بمعنى أنه لا يحل له الزواج بالمرأة مطلقا فى أى وقت من الاوقات ، لأن سبب تحريمها وصف ملازم لها لا يزول عنها . وقد تكون حرمة مؤقتة بمعنى أنه لا يجوز له التزوج بها مادامت على صفة معينة قابلة للزوال عنها ، فاذا زالت هذه الصفة عنها أصبحت حلالا يجوز له الزواج بها •

المحرمات تحريما مؤبدا

٣٥ — وتنحصر أسباب التحريم المؤبد فى :

١ — القرابة النسبية •

٢ — المصاهرة •

٣ — الرضاع •

---

(١) ولحاجة هؤلاء القناصل وبخاصة غير الحقوقيين لمزيد من الاحاطة بنظام التوثيق انتدبتنى وزارة الخارجية لالقاء محاضرات فيه بالمعهد الدبلوماسى •

(٢) أنظر فى توسية دائرة المحارم بسبب القرابة وتضييقها فى المجتمعات القديمة والمعاصرة : كتاب الأسرة والمجتمع للاستاذ الدكتور على عبد الواحد وافى ص ٣٣ ط ٣ وانظر فيه نشأة نظام المحارم ص ٤١ .

اما المحرمات بسبب القرابة فأنواع أربعة :

١ — أصول الانسان مهما علون فى سلسلة النسب ، فيحرم عليه الزواج بأمه وجدته مهما بعدت درجتها ، وسواء أكانت جدة لأب أو جدة لأم . وتحريم هؤلاء ثابت بقوله تعالى فى آية المحرمات : «حرمت عليكم امهاتكم » فكان الزواج بالام حراما بصريح النص . كما كانت الجدة من أى جهة كانت حراما كذلك . لأن لفظ الأم — ومعناه فى اللغة الأصل — يشملها . ويستدل على تحريم الجدة أيضا بتحريم العمة والخالة المنصوص عليه فى قوله تعالى فى هذه الآية : « وعماتكم وخالاتكم » فانه إذا كان الزواج بالعمة والخالة حراما كان الزواج بالجدة حراما من باب أولى . فهى أقرب إلى الشخص من عمته وخالته . والعلة فى تحريم هؤلاء هى قرب القرابة ، فيدل النص المحرم لبعيد القرابة على تحريم قريبها من باب أولى . وقد أجمع الفقهاء على ذلك التحريم .

٢ — فروع الانسان مهما نزلن فى عمود النسب ، فيحرم على الشخص التزوج ببنته وبنت ابنه وبنت بنته وهكذا ، ودليل التحريم هو قوله تعالى فى هذه الآية : « وبناتكم » فكان الزواج بالبنت الصلبية المباشرة حراما ، كما كان الزواج ببنات الاولاد أيضا حراما ، لأن لفظ البنت — ويراد به الفرع من النساء — يشملهن ، ويستدل على تحريم بنات الأولاد أيضا بقوله تعالى فى الآية نفسها : « وبنات الأخ وبنات الأخت » حيث دل هذا النص بعبارته على تحريم بنت الأخ وبنت الاخت ، وإذا كان الزواج بهاتين حراما . كان الزواج ببنات الأولاد حراما من باب أولى ، لأنهن أقرب قرابة ، وقد أجمع الفقهاء على هذا التحريم .

٣ — فروع الأبوين مهما امتد حبل النسب ، فيحرم على الشخص التزوج بأخته وبنت أخيه وبنت أخته وهكذا ، سواء أكانت الاخوة شقيقة أو من الأب أو من الأم ، وتحريم هؤلاء ثابت بقوله تعالى فى الآية : « وأخواتكم » وقوله تعالى : « وبنات الأخ وبنات الأخت» .

٤ — الفروع المباشرون للاجداد والجدات ، فيحرم على الرجل التزوج بعمته وخالته سواء أكانت شقيقة أو لأب أو لأم ، كما يحرم عليه التزوج بعمة أحد أصوله وخالته كذلك ، وقد ثبت تحريم هؤلاء بقوله تعالى : « وعماتكم وخالاتكم » . ولا يدخل فى التحريم بنات هؤلاء لعدم شمول النص لهن ، فيحل للرجل أن يتزوج بنت عمته وبنت خالته ، كما يحل له الزواج ببنت عمه وبنت خاله .

والحكمة فى تحريم هؤلاء القريبات هى قوة قرابتهن الموجبة للتوقير والاحترام والمنزلة الخاصة التى لا تتفق مع الزواج بهن ، ولو أبيح الزواج بهؤلاء لتعرضت القرابة للبغضاء والعداوة عند عدم التوافق بين الزوجين ، وفى ذلك يقول الفقيه الحنفى الكاسانى : « إن نكاح هؤلاء يفضى إلى قطيعة الرحم ، لأن النكاح لا يخلو من مباسطات تجرى بين الزوجين عادة ، وبسببها تجرى الخشونة بينهما أحيانا ، وذلك يفضى إلى قطع الرحم التى أمر الله بأن توصل ، فكان النكاح سببا لقطع الرحم مفضيا إليه ، والمفضى إلى الحرام حرام » .

يضاف إلى ذلك أن للقرابة حقوقا لا تتفق مع حقوق الزوجية ، ويتضح لنا هذا إذا ما تصورنا شخصا تزوج بأمه أو جدته ، حيث تجب طاعتها وانقيادها وتبعيتها له بمقتضى الزوجية ، وفى حدودها ، وفى ضـــوء الاحكام الشرعيـــة ، بينما توجب الأمومة ذلـــك — فى الجملة . وفى اطار المصلحة الشرعية — عليه لا له .

وقد أثبت العلم أخيرا أن الزواج بالقريبات يتوالد منه ذرية ضعيفة هزيلة (١) ، وأن الزواج بالغريبة ينتج نسلا قويا (٢) ، وإذا كان الزواج بالقريبات يؤدى إلى ضعف النسل ، فقد كان مقتضى ذلك تحريم الزواج بهن مطلقا ، ولكن الله سبحانه وتعالى — جلت حكمته — لم يحرم الزواج بكل الاقارب ، وخص التحريم بالقرابة القريبة القوية ، حتى لا يقع الناس فى حرج وشدة ، إذا ما دعتهم إلى الزواج ببعض قريباتهم دواع معقولة • وقد أدى تحريم الزواج بذات القرابة القوية إلى الزوج بالغريبة فى أحيان كثيرة ، وهو الأمر الذى يترتب عليه توطيد العلاقة بين الأسرة ، وتعاونها فى مواجهة أعباء الحياة •

المحرمات بسبب المصاهرة :

٣٦ — ويحرم على الرجل بسبب المصاهرة أنواع أربعة :

١ — أصول زوجته مهما علت تلك الأصول ، فيحرم عليه الزواج

---

(١) وفى ذلك يقول سيدنا عمر لبنى السائب ، وكانوا يحرصون على الزواج بقريباتهم : « قد ضويتم » بكسر الواو » بوزن تعب — اى ضعفتم وصغرت أجسامكم واصابكم الهزال — فانكحوا فى الغرائب » . وفى الامثال : بنات العم أصبر والغرائب أنجب . واغتربوا لا تضووا — بفتح التاء وسكون الضاد وفتح الواو الاولى ثم سكون الثانية .

وكانت العرب ترى أن الولد يجىء من القريبة ضعيفا لشدة الحياء بين القريبين ، لكنه يجى على طبع قومه .

(٢) فانه يندر أن يتحد الزوجان فى هذه الحالة فى صفة وراثية سيئة ، بل تكون صفاتهما الوراثية مختلفة عادة ، فيقابل نواحى الضعف فى احدهما نواح قوية فى الزوج الآخر ، فيتكاملان . ومن الواضح ان هذه الحكمة التى اقتضت الابتعاد فى الزواج عن الاقارب تقتضى الابتعاد عن الاسرة الغريبة ، اذا كان فيها نفس الصفات الوراثية الرديئة ، فليس من المعقول ان يتزوج الذى يشكو القصر مثلا فى أسرته من اسرة فى نفس الحالة ، وهكذا . وانظر الوراثة والبيئة للاستاذ الدكتور على عبد الواحد وافى صفحة ٣٩ .

بأمها وجدتها من الأب أو من الأم . وقد دل على ذلك قوله تعالى : « وأمهات نســائكم » أى زوجاتكم ، والزوجة التى يحرم الزواج بأصولها هى من عقد عليها بعقد صحيح سوء أدخل بها الرجل أم لم يدخل ، فلا يشترط لتحريم الاصول الدخول بالزوجة .

٢ ــ فروع زوجته مهما نزلن ، فيحرم عليه الزواج ببنت زوجته وبنت ابنها وبنت بنتها ، لقوله تعالى : « وربائبكم اللاتى فى حجوركم من نسائكم اللاتى دخلتم بهن ، فان لم تكونوا دخلتم بهن فلا جناح عليكم » والربيبة هى بنت زوجة الرجل من غيره ، ولفظ الربائب يدخل فيه أيضا بنت بنتها وبنت ابنها . وقد نصت الآية على أن تحريم الربائب إنما يكون إذا حصل دخول بالأم ، فاذا لم يوجد دخول بالأم كان الزواج ببنتها حلالا . وهذا مخالف لحكم زواج الصنف السابق، حيث لم يشترط لتحريم الأم الدخول بالبنت ، بل أن الأم تكون ــ حراما بمجرد العقد الصحيح على البنت دخل بها أو لم يدخل . وفى هذا يقول الفقهاء : « العقد على البنات يحرم الأمهات ، والدخــول بالامهات يحرم البنات »(١) .

ثم لا يشترط فى تحريم الربيبة أن تكون فى حجر الزوج أى فى رعايته وتربيته ، بل أن الزواج بها حرام ولو لم تكن فى رعايته وحجره. وذكر الآية الكريمة للحجور إنما جاء على سبيل التنفير من الزواج بمن هى فى حكم بنته ، وجريا على ما هو الكثير الغالب فى حالات الزواج

---

(١) والحلال مراتب ، فالطلاق مثلا حلال ، مع انه بغيض عند الشارع « أبغض الحلال عند الله الطلاق » هذا ، ولعل الفرق بين الامرين أن البنت مقبلة فالعقد عليها كاف فى تحريم أمها أما الام فمدبرة ، فلا تحرم بنتهــا الا بالدخول بها .

بالام . حيث تكون بنتها الصغيرة معها . فى رعاية أمها وزوج أمها . فلا يدل على اشتراط كون البنت فى رعاية زوج أمها حتى يكون الزواج بها حراما عليه (١) ، ويشهد لذلك قوله تعالى بعد ذلك : « فان لم تكونوا دخلتم بهن فلا جناح عليكم » الذى يدل صراحة على أن الشرط المعتبر فى التحريم هو الدخول بالبنت فقط لا وجودها فى حجر زوج أمها ؛ لأن ذلك لو كان مقصودا لكانت الآية : « فان لم تكونوا دخلتم بهن ولم يكن فى حجوركم فلا جناح عليكم » .

٣ — زوجة أصوله مهما علوا ، فيحرم عليه التزوج بزوجة أبيه أو جده من أبيه أو أمه . وذلك لقوله تعالى : « ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء إلا ما قد سلف » والمراد بالآباء هو الاصول ، فيدخل فيه الأجداد باجماع الفقهاء . وزوجة الاصل التى عقد عليها تكون حراما على الفرع دخل بها الاصل أو لم يدخل .

٤ — زوجة فروعه مهما نزلوا . فيحرم عليه التزوج بزوجة ابنه أو ابن ابنه أو ابن بنته . لقوله تعالى : « وحلائل أبنائكم الذين من أصلابكم » والحليلة هى الزوجة بمجرد العقد عليها دخل بها الفرع أو لم يدخل . ووصف الأبناء الذين تحرم حلائلهم بكونهم من الاصلاب

---

(١) وقد جاء مثل هذا فى قوله تعالى : « يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا الربا أضعافا مضاعفة » ، فان الربا حرام قل أو كثر ، بدلالة قوله تعالى : « وإن تبتم فلكم رءوس أموالكم لا تظلمون ولا تظلمون » ، وانما جاءت « الأضعاف المضاعفة » فى الآية لبيان الامر الغالب فى التعامل بالربا . وما يؤدى اليه من أخذ الربا أضعافا مضاعفة ، نظرا لعجز المدين عن الدفع أزمانا متطاولة .

يخرج زوجة الابن غير الصلبى وهو الابن بالتبنى ، فلا تحرم زوجة المتبنى (١) •

والحكمة فى تحريم من حرم بسبب المصاهرة ، أن تلك المصاهرة أوجدت علاقة متينة ورابطة قوية بين الرجل وهؤلاء النسوة تعدل علاقة القرابة ، كما عبر عن ذلك الحديث النبوى — : « المصاهرة لحمة — بضم اللام أى قرابة — كلحمة النسب » وإذا كانت كذلك فان أم الزوجة أو زوجة الأب تكون لها منزلة الأم ، وإن بنت الزوجة أو زوجة الابن تكون لها منزلة البنت ، ويحرم الزواج بهن • ويقول فى ذلك ولى الله الدهلوى (٢) : « لو جرت السنة بين الناس أن يكون للمرأة رغبة فى زوج بنتها أو ابن زوجها ، وللرجال فى حلائل الابناء وبنات زوجاتهم ، لأفضى ذلك إلى السعى فى فك ذلك الرباط أو قتل من يشح به ، وإن أنت تسمعت إلى قصص قدماء الفارسيين واستقرأت حال أهل زمانك من الذين لم يتقيدوا بهذه السنة الرشيدة ، وجدت أمورا عظاما ومهالك لا تحصى ، وأيضا فان الاصطحاب فى هذه القرابة لازم ، والستر متعذر ، والتحاسد شنيع ، فكان أمرها بمنزلة الأمهات والبنات أو بمنزلة الأختين » •

المحرمات بسبب الرضاع :

٣٧ — ويحرم على الشخص بسبب الرضاع ما يحرم عليه بسبب النسب والمصاهرة ، فيحرم عليه مثل الاصناف الثمانية السابقة بسبب هذا الرضاع :

---

(١) كان التبنى موجودا عند العرب قبل الاسلام . واستمر معمولا به بينهم بعد ان جاء الاسلام حتى انزل الله قوله تعالى : « وما جعل ادعياءكم ابناءكم ، ذلكم قولكم بأفواهكم والله يقول الحق ، وهو يهدى السبيل ، ادعوهم لآباءهم هو اقسط عند الله ، فان لم تعلموا آباءهم فاخوانكم فى الدين ومواليكم » ، فصار التبنى بعد ذلك حراما وباطلا .

(٢) فى كتابه حجة الله البالغة ص ٧٠ ط دار الكتب الحديثة .

١ - أصول الشخص من الرضاعة ، فيحرم عليه التزوج بأمه التى أرضعته ، وجدته الرضاعية مهما علت ومن أى جهة كانت ، كما هو الحال فى الأم النسبية والجدة النسبية •

٢ - فروع الشخص من الرضاعة ، فيحرم عليه التزوج ببنتــه من الرضاع وبنت ابنه من الرضاع وبنت بنته من الرضاع مهما نزلت•

٣ - فروع الأبوين من الرضاع ، فيحرم عليه التزوج بأخته من الرضاع ، وبنت أخته من الرضاع مهما نزلت ، وبنت أخيه كذلك ، سواء أكانت الأخوة لأبوين أو لأب أو الأم •

٤ - الفروع المباشرة للاجداد والجدات ، وهن العمات والخالات رضاعا • أما بنات الاعمام وبنات العمات وبنات الاخوال وبنات الخالات رضاعا ، فانه يحل الزواج بهن ، كما هو الحال فى القرابة النسبية •

٥ - أم الزوجة وجداتها من الرضاع مهما علون ، وسواء أكانت الزوجة مدخولا بها أم لم يكن •

٦ - بنت الزوجة رضاعا وبنات أولادها من الرضاع مهما نزلن، بشرط أن تكون الزوجة مدخولا بها •

٧ - زوجة الأب من الرضاع ، وزوجة الجد وإن علا من الرضاع ، سواء أكانت الزوجة مدخولا بها أم لم يكن •

٨ - زوجة الابن الرضاعى ، وزوجة ابن الابن وابن البنت من الرضاع وان نزلوا ، سواء أكان هناك دخول بالزوجة أم لم يكن •

ودليل التحريم فى هذه الاصناف قوله تعالى فى آية المحرمات : « وأمهاتكم اللاتى أرضعنكم وأخواتكم من الرضاعة » حيث دل هذا النص بعبارته على تحريم الأم الرضاعية ، والأخت الرضاعية ، كما

دل باشارته — أى بما يلزم من معنى عبارته — على تحريم الباقيات من الاصناف الأربعة الأولى ، لأنه يلزم من تسمية المرضع أما وتسمية بناتها أخوات ، أن الرضاعة قد أوجدت بين الرضيع ومرضعته صلة كصلة الابن بأمه النسبية ، وصار زوجها الذى نزل اللبن من ثديها بسببه أبا له من الرضاع ، وصار أخواتها خالات له من الرضاع ، وصار أخوات زوجها عمات له من الرضاع ، وأولاد زوجها أخوات له سواء كانوا منها أو من غيرها ، وقد اتفق الفقهاء على ذلك .

أما الاصناف الأربعة الأخيرة الخاصة بالمصاهرة الرضاعية ، فقد رأى جمهور الفقهاء ومنهم الحنفية القول بالتحريم فيها قياسا للمصاهرة على النسب ، وخالفهم الظاهرية وابن القيم وذهبوا إلى عدم الحرمة وحل التزوج ، وتوقف فى ذلك ابن تيمية ، ومال إلى عدم التحريم وقال : « إن كان قد قال أحد بعدم التحريم فهو أقوى » وهذا هو الراجح عندى (١) .

٣٨ — ويبدو للناظر غير المتأمل فى بعض صور الرضاع أنها مستثناة من قاعدة « يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب » حيث يحل للرجل

---

(١) وقد أخذ بهذا مشروع القانون الموحد تسهيلا لسبل الزواج ، وعدم احراج الناس بأضيق الاجتهادات فى الحل والحرمة ، وبناء على ان حرمة الرضاع استثنائية ، ومن المصلحة عدم التوسع فيها ، ولم يصرح الحديث بحرمة المصاهرة فى الرضاع . ومن ثبتت حرمتهن فى القرآن بالرضاع اثنتان وهما الام والاخت فقط ، والحديث النبوى انما وسع دائرة التحريم بالرضاع تشبيها بالنسب لا بالمصاهرة ، فبقى التحريم بالمصاهرة من طريق الرضاع لا دليل عليه من كتاب ولا سنة ، ولا وجه للقياس مع الفوارق الظاهرة بين المصاهرة من طريق النسب والمصاهرة من طريق الرضاع (انظر زاد المعاد جـ ٤ ص ٣٢٨ — ٣٣٢) ، وقد ابقت ذلك لجنة المراجعة . وقد اخذ بذلك ايضا مشروع القانون العربى الموحد .

أن يتزوج أم أخيه رضاعا ويحرم عليه أن يتزوج أم أخيه نسبا ، كما يحل له أن يتزوج أخت ابنه رضاعا ، ويحرم عليه أن يتزوج أخت ابنه نسبا ، والواقع أنها غير مستثناة ، بل هى غير داخلة فى القاعدة من الأصل ، لأن علة التحريم بالنسب هى كون المرأة أصلا أو فرعا للشخص أو فرعا لأبويه أو أجداده ، فاذا أوجد الرضاع صلة وعلاقة كهذه الصلة وتلك العلاقة ، كان التحريم ، وإلا لم يوجد ، وبالنظر فى الصورة الأولى يتبين أن الرضاع لم يوجد تلك الصلة ، لأن أم الأخ رضاعا أجنبية لا صلة بينها وبين هذا الأخ ، بعكس أم الأخ نسبا لأنها إما أن تكون أمه أو زوجة أبيه . وبالنظر فى الصورة الثانية يتضح مثل ذلك ، فأن أخت الابن رضاعا لا صلة بينها وبين الأب بعكس أخت الابن نسبا ، لأنها إما أن تكون بنته أو بنت زوجته التى دخل بها ، وكذلك الأمر فى باقى الصور المماثلة .

التحريم بالرضاع من جانب الرجل :

٣٩ — الرضاع كما يحرم من جانب المرضعة ، يحرم أيضا من جانب زوجها الذى كان سببا فى نزول لبنها الذى رضعه الصغير ، وهذا هو ما ذهب إليه جمهور الفقهاء ومنهم الحنفية ، محتجين بقوله — ﷺ — : « يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب » وبما روى من أن عائشة — رضى الله عنها — كانت قد رضعت من امرأة رجل اسمه أبو القعيس . فجاء أخوه واسمه أفلح ، يستأذن عليها ليدخل عندها، فلم تأذن له باعتبارها أجنبية عنه وليست من محارمه ، فلما ذكرت ذلك لرسول الله — ﷺ — قال لها : « ائذنى له فانه عمك » فقد أثبت — ﷺ — لأفلح عمومة لعائشة ، بسبب رضاعها من امرأة أخيه لبنا نزل عليها بسبب الولادة منه ، كما روى البخارى أن الرسول — ﷺ — سئل عن رجل له امراتان أرضعت احداهما غلاما ، وأرضعت الأخرى

بنتنا . هل يصح للغلام الزواج بالبنت ؟ فقال — ﷺ — : لا ، اللقاح واحد » (١) .

وقد خالف فى ذلك بعض الفقهاء ومنهم الشافعى فى أحد قوليه ، وذهبوا إلى عدم التحريم من جانب الرجل ، لأن الرجل لا يرضع الصغير ، فلا صلة بينه وبين من رضع ، وليست هناك نصوص قاطعة بدخول قرابة الرجل فى التحريم بسبب الرضاع ، كما روى عن بعض الصحابة القول بعدم التحريم من جانب الرجل (٢) .

الرضـــاع المحرم :

٤٠ — يشترط فى الرضاع المحرم أن تكون الرضاعة فى الحولين الأولين من عمر الصغير (٣) ، وهذا ما ذهب إليه الصاحبان : أبو يوسف ومحمد ، ومالك والشافعى وأحمد ، وهذا هو الرأى الراجح ، لأن الله

---

(١) ولو ارضعت امراة صغيرا بلبن نزل من ثديها دون ان تكون قد ولدت من زوجها ثبت التحريم من جانبها هى ولم يثبت من جانب زوجها ، لانه ليس السبب فى نزول اللبن فلم يكن له صلة بالرضيع . الفتاوى الانقروية جـ ١ ص ٦٧ نقلا عن المحيط .

(٢) يقول ابن رشد فى بداية المجتهد جـ ٢ ص ٣٦ « واما هل يصير الرجل الذى له اللبن اعنى زوج المراة ابا للرضيع حتى يحرم بينهما وبين من قبلهما ما حرم بين الآباء والابناء الذين من النسب ؟ . قال مالك وابو حنيفة والشافعى وأحمد والاوزاعى والثورى : يحرم ، وقالت طائفة : لا يحرم ، وبالاول قال على وابن عباس ، وبالقول الثانى قالت عائشة وابن الزبير وابن عمر » وقد أحسنت لجنة المراجعة لمشروع القانون الموحد اذ أخذت برأى القائلين بعدم التحريم من جانب الرجل ، وجاء نص المادة ١٢ فى فقرتها الاولى : « يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب ، ولا تثبت الحرمة بالرضاع الا من قبل المرضع » أى المراة المرضعة .

(٣) يرى زفر أن التحريم يثبت برضاع يقع فى السنة التى تلى الفطام بعد السنتين ، وذلك لأن الطفل لا يستغنى عن اللبن مرة واحدة ، وقد قدر لاستغنائه مدة سنة احتياطا ، ويرى الاوزاعى أن الرضاع المحرم ما وقع قبل الفطام التام من غير تحديد بمدة معينة .

سبحانه قد جعل للرضاعة زمنا تتم فيه وينتهى عنده حكمها ، وذلك فى قوله تعالى « والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة » وقوله تعالى : « وفصاله فى عامين » والفصال الفطام .

وذهب الامام ابو حنيفة إلى أن مدة الرضاع المحرم ثلاثون شهرا ، مستدلا بقوله تعالى : « وحمله وفصاله ثلاثون شهرا » التى تفيد فى رأيه أن مدة كل واحد من الحمل والفصال ثلاثون شهرا ، فالحمل وحده فى ثلاثين شهرا ، والفصال وحده فى ثلاثين شهرا ، ولكن الأدلة الأخرى قد قامت على أن مدة الحمل أقل من ذلك (١) ، ولم يقم فى شأن الرضاع دليل مثل ذلك ، فبقيت مدته كما هى ، ولم ير أبو حنيفة فى قوله تعالى : « والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين » دليلا على أن مدة الرضاع المحرم سنتين ، لأنه يرى أن المقصود فى هذه الآية إنما هو بيان المدة التى تستحق فيها المطلقات أجرا على ارضاع أولادهن ، وقد بينت الآية أن تلك المدة سنتان فقط .

٤١ ــ ولا يشترط فى الرضاع ليكون محرما أن يبلغ قدرا معينا عند الحنفية والمالكية وأحمد بن حنبل فى رواية عنه ، بل إن قليل

---

(١) ولا أوافق الامام الاعظم « أبو حنيفة » على رأيه ، بل ان استدلاله بهذه الآية لم يبق له محل ، مادام قد قام لديه الدليل على أن مدة الحمل اقل من ذلك مما يفيد أن الثلاثين شهرا ليست لكل منهما ، كما يقول بل لهما معا ، وتتداخل المدتان ، مدة الحمل ومدة الرضاع ، فاذا زادت الاولى نقصت الثانية ، واذا نقصت الاولى زادت الثانية . وانظر تفسير القرطبى وغيره ، لتقف على الآراء وأدلتها .

واذا كان الدليل قد قام عنده على ان مدة الحمل ليست ثلاثين شهرا ، فان آيتى « والوالدات ... » « وفصاله ... » تدل على ان مدة الرضاع ليست ثلاثين شهرا أيضا .

الرضاع وكثيره سواء فى التحريم ، مادام اللبن قد وصل إلى جوف الصغير ، لأن النصوص التى وردت فى شأن الرضاع مطلقة ولم تقيد بعدد معين ، فالله سبحانه وتعالى يقول : « وأمهاتكم اللاتى أرضعنكم وأخواتكم من الرضاعة » والرسول — ﷺ — يقول : « يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب » وليس فى ذلك تقييد للرضاعة المحرمة بعدد معين ، والأحاديث التى جاء فيها التقييد بعدد معين وقع فيها اضطراب كثير يضعف الثقة بها والتعويل عليها .

ويرى الشافعى وأحمد فى رواية أخرى عنه أن الرضاع المحرم هو ما كان خمس رضعات متفرقات ، لقول عائشة — رضى الله عنها — : « كان فيما نزل عشر رضعات يحرمن حتى صرن إلى خمس » ولأن علة التحريم بالرضاع كون اللبن يدخل فى غذاء الطفل فينمى لحمه وعظمه . وذلك إنما يكون برضاع يستمر يوما على الأقل ، وعدد رضعات الصغير فى اليوم عادة خمس رضعات ، فلا يكون التحريم بما دون ذلك من رضعات لا يظهر لها أثر (١) .

ويرجح بعض العلماء من جهة الدليل مذهب الحنفية ومن وافقهم، ولكن بعض جهات الفتوى تفتى بمذهب الشافعى ومن معه تيسيرا على الناس فى هذا الشأن (٢) .

---

(١) ولم يأخذ المشروع الموحد بمذهب الاحناف لما فيه من الحرج ، وعدل عنه الى مذهب الشافعى والظاهر من مذهب احمد وقول ابن حزم .

(٢) ويرى الاستاذ معوض سرحان استاذ الشريعة السابق بحقوق الاسكندرية أن الآية الكريمة التى اثبتت التحريم بالرضاعة نزلت والعرب كانوا يسترضعون أولادهم فى حى من الاحياء ، فيندمج فيهم الوليد ويخالطهم مخالطة المحارم ، فوجب أن تحمل الآية على ما كان معهودا لديهم =

٤٢ — والحكمة فى التحريم بسبب فى رضاعة أن المرضع تغذى الطفل بلبنها وهو جزء منها . فيدخل فى تكوينه لحما وعظما ، وتصبح كأمه النسبية التى غذته بدمها وهو حمل . ويصبح أقاربها أقارب له أيضا . ويعبر عن ذلك الدهلوى (١) بقوله : « إن التى أرضعته تشبه الأم . من حيث أنها سبب اجتماع أمشاج (٢) وأجزاء بنيته وقيام

=
من مكث الرضيع فترة لدى المرضعة تشعر فيها انه اصبح فردا من أفراد اسرتها كما يشعر زوج المرضعة بأبوته كذلك للرضيع ، وكما يشعر الرضيع ببنوته لهما وان الرضعة أو الرضعات القليلة لا يتحقق فيها هذا المعنى (الاحوال الشخصية ص ١٠٠) . ويقول الامام الاكبر الشيخ شلتوت شيخ الازهر سابقا : « لم نر من الفقهاء من عرج نحو دلالة كلمة « امهاتكم اللاتى ارضعنكم » على قدر الرضاع المحرم . ولا شك ان عنوان الامهات يعطى ان مدة الرضاعة امتدت وقتا شعرت منه المرضعة بمعنى الامومة للرضيع ، ولا شك ان هذا الوقت الذى يتحقق به معنى العطف والحنو والشوق من المرضعة للرضيع ، ليس هو وقت « القطرة » ولا هو وقت الثلاث ولا هو وقت الخمس ، فالخمس الرضعات أو الرضعات المعدودات لا يمكن أن تحدث معنى الامومة عند المرضعة ، متى لوحظ تفرقها على الحولين أو أكثر منهما ، وهذه ناحية أعرضها للبحث الذى يستعان فيه برأى الاطباء الواقفين على المقدار الذى ينبت به اللحم وينشز العظم (الفتاوى ص ٢٥٨) . وأنا معه بل قد أتجاوز عرض هذا على البحث الى القول به ، وقد يكون الارضاع الكامل الذى يوجد الامومة الرضاعية ثم الابوة الرضاعية هو الارتضاع الكامل فى مدة الرضاع أو فى اكثرها ، ولعل مجامع الفقه الاسلامى تبحث ذلك .

(١) أنظر حجة الله البالغة جـ ٢ ص ٩٨ ط المطبعة الخيرية .

(٢) المشج والمشيج كل شيئين مختلطين ، وجمعه أمشاج ، والامشاج فى علم الاحياء هى الخلايا الذكرية كالحيوان المنوى ، والخلايا الانثوية كالبويضة ، قبل أن تندمجا ، وفى القرآن الكريم « انا خلقنا الانسان من نطفة امشاج » (المعجم الوجيز والمعجم الوسيط) وفى نفس المعنى جاء قوله تعالى : « ولقد خلقنا الانسان من سلالة من طين » وهذه السلالة هى الخلاصة التى سلت اى استخلصت من المواد الترابية .

هيكله . غير أن الأم جمعت خلقه فى بطنها ، وهذه درت عليه ما يسد رمقه فى أول نشأته ، فهى أم بعد الأم ، وأولادها أخوة بعد الأخوة ، وقد قاست فى حضانته ما قاست ، وقد ثبت فى ذمته من حقوقها ما ثبت، وقد رأت منه فى صغره ما رأت ، فيكون زواجها والاتصال بها اتصال الأزواج ، مما تمجه الفطرة السليمة ، وكم من بهيمة عجماء لا تلتفت إلى أمها أو إلى مرضعتها هذه اللفتة ، فما ظنك بالرجال ؟ وأيضا فان العرب كانوا يسترضعون أولادهم فى حى من الأحياء ، فيشب فيهم الوليد ، ويخالطهم كمخالطة المحارم ، ويكون عندهم للرضاعة لحمة كلحمة النسب ، فوجب أن يحمل على النسب » .

اثبـات الرضــاع :

٤٣ — مذهب الحنفية أن الرضاع يثبت — قضاء — بالاقرار أو بالبينة الكاملة ، أى برجلين أو رجل وامرأتين ، فلا يثبت بشـهادة النساء وحدهن ، لأنه ليس من المواضع التى لا يطلع عليها إلا النساء، فان الرجال المحارم يشاهدونه ويطلعون عليه ، ومذهب الشـافعية الاكتفاء فى إثباته بشهادة امرأتين ، ويزيد المالكية فيكتفون بشهادة امرأة واحدة ، لأن الرضاع من الأمور التى لا يطلع عليها الرجال ، فان نظرهم إلى ثدى المرأة الأجنبية حرام ، فيكتفى فيه بشـهادة النساء ، وتكفى فيه امرأة واحدة (١) .

---

(١) ولعل فى ذلك الرد البالغ على الجهلة والمتجاهلين والملاحدة والملحدات والمنحلين والمنحلات ، الذين يكررون كالببغاوات ما يقوله أعداء الاسلام الكفرة والفجرة ، فامرأة واحدة كافية فى الشهادة فى الامور التى لا يطلع عليها الا النساء ، اما ما يطلع عليه الرجال فقد اقتضت الحكمة حكما آخر ، بينت الآية سببه .

المحرمات تحريمـا مؤقتـا

٤٤ ــ ويحرم على الرجل تحريما مؤقتا التزوج بهؤلاء النساء :

١ ــ المرأة المتزوجة ومن فى حكمها ، وهى المعتدة (١) سواء أكانت معتدة من طلاق . أو من وفاة . أو من فرقة بعد دخول بشبهة ، وسواء أكان الطلاق رجعيا أم بائنا . وسواء أكان بائنا بينونة صغرى أم بائنا بينونة كبرى . لتعلق حق الزوج بها إذا كانت متزوجة أو معتدة من طلاق رجعى . ولبقاءبعض آثار النكاح فى المطلقة بائنا وفى المتوفى عنها زوجها ، ولتعرف براءة الرحم من المدخول بها بشبهة .

ولما كان المانع من الزواج فى المعتدة من الطلاق البائن بينونة صغرى هو حق المطلق ، فانه يجوز له هو أن يتزوج بها وهى فى العدة. ودليل تحريم من ذكرنا هو قوله تعالى فى بيان المحرمات : «والمحصنات من النساء » أى المتزوجات وقوله تعـالى : « والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء » وقوله سبحانه وتعالى : « وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن » وقوله تعالى : « **ولا تعزموا عقدة النكاح** حتى يبلغ الكتاب أجله » أى لا تبرموا عقد الزواج إلا إذا انتهت العدة المفروضة المكتوبة .

---

(١) روى أن عمر بن الخطاب فرق بين رجل وامرأة تزوجها وهى فى العدة ودخل بها ، ثم ضربه بدرته ــ أى عصاه ــ ضربات تعزيرا اى عقوبة له ، وحكم بحرمتها عليه حرمة مؤبدة ، زجرا لامثاله ومعاملة له بنقيض مقصودة ، وقد خالفه على بن ابى طالب فى ذلك ، ورأى عدم تأبيد التحريم فله أن يتزوجها بعد انتهاء العدة ، وروى أن عمر رجع الى رأى على ، وقد اختلفت المذاهب فى ذلك ، فذهب الحنفية والشافعى الى التفريق بينهما ، والى ان له ان يتزوجها بعقد جديد بعد انتهاء العدة وذهب مالك والاوزاعى الى التفريق بينهما ولا تحل له ابدا (أحكام القرآن للجصاص جـ ١ ص ٤٢٥ ــ تاريخ التشريع الاسلامى للخضرى ص ١١٩ مطبعة الاستقامة).

أما المرأة التى فارقها الرجل بعد زواج باطل ، والمرأة المزنى بها ، فلا يحرم العقد عليها بعد المفارقة ولو كانت حاملا ، وذلك عند أبى حنيفة والشافعى وأحمد ، لدخولها فى قوله تعالى بعد بيان المحرمات من النساء : « وأحل لكم ما وراء ذلكم » ، فاذا كان الذى عقد عليها هو الزانى بها لم يحرم عليه الدخول بها بعد العقد ، وإن كان من تزوجها غيره وكانت حاملا حرم عليه الدخول بها إلا إذا وضعت حملها، فان كانت حائلا أى غير حامل ، جاز له الدخول بها بمجرد العقد عليها عند أبى حنيفة وأبى يوسف ، وذهب محمد إلى كراهة الدخول بها ما لم يستبرئها أى يتبين له براءة أى خلو رحمها بحيضة ، وذهب مالك وأحمد بن حنبل إلى حرمة العقد على المزنى بها إلا بعد انقضاء عدتها إذا كان من يتزوجها غير من زنى بها ، لحرمة الدخول بها ، وليس العقد إلا وسيلة للدخول ، فاذا كان الدخول ممنوعا ، امتنعت وسيلته أيضا ، وهذا هو الرأى المقبول الذى يتفق مع صيانة الشارع للأعراض واحتياطه فى أمر الأنساب ، والمحافظة عليها من الاختلاط •

٢ — المطلقة ثلاثا بالنسبة لمطلقها ، فلا يجوز له العقد عليها إلا إذا تزوجت بزوج آخر زواجا صحيحا شرعيا ، ودخل بها ، ثم فارقها بموت أو طلاق وانقضت عدتها • ودليل هذا التحريم قوله تعالى « الطلاق مرتان ، فامساك بمعروف أو تسريح باحسان •• فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره » فقد دلت هذه الآية على تحريم المطلقة طلقة ثالثة على مطلقها حرمة مؤقتة تنتهى بزواجها

بغيره . وقد جاءت السنة باشتراط الدخول الحقيقى من الزوج الثانى لانتهاء هذه الحرمة (١) .

والحكمة فى هذا التحريم هو حمل الزوج على عدم التسرع فى الطلاق . ووضع حد لسوء العشرة بين هذين الزوجين ، الذى تأكد وتأيد بالطلاق الثالث ، حتى تجرب المطلقة حياة زوجية أخرى يكون فيها للمطلقة ولمطلقها شىء من الاعتبار والتأديب ، يمكن أن تصلح بعده الحياة الزوجية بينهما من جديد .

٣ — من ليس لها دين سماوى ، فلا يجوز التزوج بالمرأة الملحدة التى تنكر الأديان ولا تؤمن بوجود إله ، ولا من تؤمن بدين غير سماوى من الأديان التى اخترعها البشر ، كالمجوسية التى تعبد النار ، والوثنية التى تعبد الأصنام ، والصابئة التى تعبد الكواكب والأجرام السماوية . والهندوكية التى تعبد البقر ، وقد ورد تحريم هؤلاء فى قوله تعالى : « ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمن ، ولأمة مؤمنة خير من مشركة ولو أعجبتكم » ويقول الرسول — ﷺ — فى المجوس — : «سنوا بهم سنة أهل الكتاب . غير ناكحى نسائهم ، ولا آكلى ذبائحهم» .

---

(١) روى عن سعيد بن المسيب وسعيد بن جبير من التابعين عدم اشتراط الدخول الحقيقى ، وهذه الرواية غير مقبولة ، نظرا لورود الاحاديث باشتراطه ، ولعل هذه الاحاديث لم تبلغ السعيدين ، أو لعل هذا قد كان رأيا لهما ثم رجعا عنه كما قد قيل . وان اشتراط الدخول بهذه الزوجة ، حتى تكون حلالا لزوجها الاول ، اذا ما حصل فراق بينهما وبين زوجها الثانى ، لم يكن لذات الدخول ، وانما كان باعتباره عنوانا لحصول عشرة وحياة زوجية جديدة يمكن أن تكون سببا فى نجاح الحياة الزوجية بين هذه المطلقة وزوجها الاول اذا ما عادا لاستئناف الحياة الزوجية مرة اخرى . اما مجرد العقد من غير دخول ومعاشرة بينهما ، فلا يحقق الغرض المقصود من التحريم المؤقت . (وانظر ما سيأتى عند الكلام على الطلاق) .

ولا يجوز الزواج بالمرتدة (١) عن دين الاسلام، لأنها ليست ذات دين ، حيث أنها لا تقر على البقاء فى دينها الذى انتقلت إليه ، ولو كان انتقالها إلى النصرانية أو اليهودية ، التى يرعاها الاسلام بالنسبة للمتدينين والمتدينات بها ، والاصلاء فيها ، والملتزمين بأحكامها كما سترى فى الزواج بالكتابية .

كما لا يجوز للمرتد أن يتزوج بمسلمة ولا كتابية ولا مرتدة مثله، لأن الزواج له طابع ومظهر ونظام دينى ، ولا دين للمرتد ، حيث لا يقر على دينه الذى انتقل إليه ، ولو كان دينا سماويا آخر .

ويحل للمسلم التزوج بالكتابية التى تنتسب إلى دين سماوى : كالنصرانية واليهودية ، وذلك عند جمهور الفقهاء ، لقوله تعالى : « اليوم أحل لكم الطيبات ، وطعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم . وطعامكم حل لهم ، والمحصنات من المؤمنات والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب من قبلكم » فقد أفادت الآية حل المحصنات — أى العفيفات — من المؤمنات ومن الكتابيات ، وقد اتفق الصحابة على جواز ذلك ، بل قد تزوج بعضهم بكتابية كعثمان بن عفان ، وطلحة

---

(١) وكم فى العالم العربى والاسلامى من مرتدات بأقوالهن أو افعالهن او بهما معا ، واقل ما ينبغى اجراؤه معهن هو كف اذاهن عن المجتمع بعزلهن اجتماعيا ومنع الاتصال بهن من المؤمنات ، ومنع نشر هرطقتهن اى ارائهن الالحادية والانحلالية ولا يتعارض هذا مع الحرية ، ففرق بين الحرية وفيها التزام الحر بما انتسب اليه وما التزم به وبين الفوضى وليس فيها التزام باى فضيلة ولا احتكام لعقل ولا لادب اجتماعى ولا لولاء وطنى ، وانما هى عبادة الجنس الحرام والمال الحرام وسلوك مسلك الغوغاء او الببغاوات ، بل ان الببغاات خير منهن لانها تجرى على فطرتها وسليقتها وتؤدى رسالتها الحيوانية .

ابن عبيد الله ، وكعب بن مالك ، وحذيفة بن اليمان ، ولم يخالف فى ذلك إلا عبد الله بن عمر •

ووجه الفرق بين المشركة والكتابية فى ذلك أن المشركة لا تلتقى مع المسلم فى شيء ، ولا تتفق عقيدتها مع الاسلام فى قليل ولا كثير ، بينما الكتابية تلتقى معه فى أن لها دينا سماويا ، وأصول الأديان السماوية التى لم يصبها التحريف واحدة فى العقيدة والفضيلة • يقول الله تعالى : « شرع لكم من الدين ما وصى به نوحا والذى أوحينا إليك ، وما وصينا به إبراهيم وموسى وعيسى ، أن أقيموا الدين ولا تتفرقوا فيه » وقد كان الاسلام خاتمة هذه الديانات ، يقول الله تعالى : « ومن يبتغ غير الاسلام دينا فلن يقبل منه » •

ومع هذا ينبغى للمسلم أن يتزوج مسلمة ، ليكون الوفاق والتلاقى بينهما أتم وأكمل ، ولينشأ الأولاد نشأة إسلامية محضة ، فان الولد يقلد أمه ويتعلم منها قبل أبيه ، وتشتد كراهة الزواج بالكتابية ، حتى تصل إلى الحرمة إذا كانت الكتابية من دولة من الدول الاستعمارية والصهيونية التى ابتلى بها الله بعض البلاد الاسلامية ، فان ذلك الزواج تتخذه البلاد الاستعمارية وسيلة من وسائل توطيد نفوذها (١)•

وأولاد الزوج المسلم من الزوجة الكتابية يكونون مسلمين تبعا لأبيهم •

أما الكتابى فلا يجوز له الزواج بالمسلمة ، لقوله تعالى : « يأيها الذين آمنوا إذا جاءكم المؤمنات مهاجرات ، فامتحنوهن ، الله أعلم

---

(١) ولهـذا اشترطت بعض الحكومات الاسلامية فيمن يعمل فى الوظائف الحساسة كالسلك السياسى والجيش الا يكون متزوجا بأجنبية ، وينبغى التحرى عن كل من يتزوج بأجنبية من الدول الاستعمارية والمشبوهة.

بايمانهن ، فأن علمتموهن مؤمنات فلا ترجعوهن إلى الكفار ، لا هن حل لهم ، ولا هم يحلون لهن » •

والفرق بين زواج المسلم بالكتابية وزواج الكتابى بالمسلمة ، حيث أبيح الأول (١) ولم يبح الثانى ، أن الزوج المسلم — وهو رئيس الأسرة وراعيها — يأمره دينه برعاية زوجته الكتابية وبعدم التعرض لعقيدتها وعبادتها ، ثم يؤمن بنبوة موسى وعيسى عليهما السلام وأن نبى الاسلام قد جاء بعدهما ، وكان خاتم الانبياء ، وكانت رسالته مهيمنة على ما قبلها من الأديان ، وليس الحال كذلك فى الكتابى ، فانه لا يؤمن مطلقا بنبى الاسلام وخاتم الأنبياء محمد — ﷺ — ، ولا يبيح له دينه هذا الزواج ، فيكون ذلك الزواج من المتحلل من أحكام دينه ومن أحكام الاسلام سببا فى ايذائها وفتنتها فى دينها •

وقد أعدت وثيقة خاصة بزواج المسلم بالكتابية دونت فيها أهم أحكام الزواج فى الشريعـة الاسلامية باللغـة العربية والانجليزية

---

(١) يقول الامام محمد عبده : اباح الاسلام للمسلم ان يتزوج الكتابية، نصرانية كانت او يهودية ، وجعل من حقوق الزوجة الكتابية على زوجها المسلم ، ان تتمتع بالبقاء على عقيدتها ، والقيام بفروض عبادتها . والذهاب الى كنيستها او بيعتها ، وهى منه بمنزل البعض من الكل ، والزم له من الظل ، وصاحبته فى العز والذل ، والترحال والحـل ، بهجة قلبه ، وريحانة نفسه ، واميرة بيته ، وأم بناته وبنيه ، تتصرف فيهم كما تتصرف فيه ، لم يفرق الاسلام فى حقوق الزوجية بين الزوجة المسلمة والزوجة الكتابية ، فلها حظها من المودة ونصيبها من الرحمة ، (الاسلام بين العلم والمدنية ص ١٣١) واذا كانت الزوجة غير المسلمة لا ترث زوجها المسلم ، فانه ايضا — من باب العدالة والمساواة — لا يرثها ، وكان هذا من حكمة الشريعة ، حتى لا تنتقل التركة من صاحب دين الى صاحب دين آخر جبرا بحكم الميراث ، فى الوقت نفسه فتحت الباب من طريق الوصية ، فكل منهما أن يوصى للاخر بجزء من تركته ، وقد يتجاوز هذا الجزء فرض الميراث، كما يعرف من أحكام الوصية .

والفرنسية ، ويتولى موثق عقد الزواج شرح هذه الأحكام للزوجين ، وبخاصة الزوجة الكتابية التى لا تكون على معرفة بهذه الأحكام .

٤ — الجمع بين امرأتين كل منهما محرم للأخرى : فيحرم على من تزوج بامرأة أن يتزوج بأختها ، سواء أكانت أختا شقيقة أو كانت أختا لأب أو كانت أختا لأم ، كما يحرم عليه أن يجمع بين المرأة وعمتها وبين المرأة وخالتها (١) ، لما يؤدى إليه ذلك الزواج من قطيعة الرحم ووجود البغضاء بين المحارم ، بسبب ما قد يكون بين الزوجتين من غيرة ، وقد جاء تحريم الجمع بين الأختين فى قوله تعالى : « وأن تجمعوا بين الأختين » فدل ذلك على تحريم الجمع بين الأختين بعبارة النص ، كما دل على تحريم الجمع بين كل محرمين : كالمرأة وعمتها ، والمرأة وخالتها ، لأن الجمع بينهما أشد وأقسى من الجمع بين الأختين، فان العمة أو الخالة فى مكانة الأم ، وفى منزلتها من ابنة أخيها أو من ابنة أختها ، فتدل الآية على تحريم الجمع بينهما من باب أولى ، وقد تأكد ذلك بما جاء فى السنة النبوية من النهى عن الجمع بين هؤلاء فى قوله — ﷺ — : « لا تنكح المرأة على عمتها ، ولا على خالتها ، ولا على ابنة أخيها ، ولا على ابنة أختها » كما روى « أن النبى — ﷺ — نهى أن يجمع بين المرأة وعمتها ، وبين المرأة وخالتها » .

ويشترط لتحريم الجمع بين المحرمين أن تكون المحرمية ثابتة من الجانبين ، بحيث لو فرضت كل من المرأتين ذكرا والأخرى أنثى ، ما حل له الزواج بها ، كما هو متحقق فى الأختين ، وفى العمة وبنت الأخ ، وفى الخالة وبنت الأخت .

---

(١) كما يحرم الجمع بين المراة وعمة ابيها وعمة امها ، وخالة ابيها وخالة أمها باتفاق الائمة الاربعة (فتاوى ابن تيمية ج ٤ ص ٧٤ ، ١٠٢).

وعلى هذا لا يحرم الجمع بين البنت والزوجة السابقة لأبيها ، لأن المحرمية ثابتة من جانب واحد ، وليست ثابتة من الجانبين ، فانه لو فرضت البنت ذكرا ما جاز له الزواج بزوجة أبيه ، ولو فرضت زوجة الأب ذكرا جاز له الزواج بالبنت ، لعدم وجود سبب من أسباب التحريم حينئذ ، لأنها لو كانت رجلا ما كانت زوجة للأب ، فيكون التحريم ثابتا من جانب واحد ، فلا يحرم الجمع بينهما (١) ، وقد خالف زفر فى ذلك ورأى حرمة الجمع فى هذه الحالة أيضا .

وحرمة الجمع بين المحرمين ثابتة ، سواء أكانت المحرم الأولى زوجة أم كانت معتدة من طلاق ، لأنها فى حكم الزوجة ، فلا يجوز الزواج بالأخرى مادامت فى العدة ، ويرى الشافعى صحة الزواج بالثانية إذا كانت المحرم الأولى قد طلقت طلاقا بائنا بينونة صغرى أو بينونة كبرى ، لانتهاء زوجية الأولى .

هذا ويجوز الجمع بين بنتى العم وبنتى الخال ، لانعدام المحرمية بينهما من كلا الجانبين ، فان كل واحدة منهما لو فرضت ذكرا ، جاز له الزواج بالأخرى ، فيكون الجمع بينهما حلالا داخلا فى قوله تعالى : « وأحل لكم ما وراء ذلكم » ويرى بعض الفقهاء كراهة الجمع بينهما(٢)

---

(١) وقد روى عن ابن عباس انه جمع بين امرأة رجل وابنته من غيرها، كما روى عن عبد الله بن جعفر انه جمع بين ابنة على وأمرأته (نيل الاوطار ج ٦ ص ١٢٥) .

(٢) وقد نقل ابن قدامة فى المغنى ج ٧ ص ٤٧٩ القول بالكراهية عن ابن مسعود وجابر بن زيد وعطاء والحسن وسعيد بن عبد العزيز ، وروى أبو حفص عن عيسى بن طلحة أن رسول الله — ﷺ — نهى عن أن تزوج المرأة على ذى قرابتها كراهية القطيعة ، ونقل القول بعدم الكراهية عن سليمان بن يسار والشعبى وحسين بن حسن والاوزاعى والشافعى واسحاق وأبى عبيدة لأنه ليست بينهما قرابة تحرم الجمع ، فلا كراهية فى الجمع كباقى الاقارب .

لأنه مفض إلى قطيعة الرحم المأمور بصلتها ، وأقل ما يوجبه ذلك هو الكراهة . وهذا ما أرجحه •

٥ — الزواج بامرأة خامسة : فلا يحل لمن تزوج أربعا أن يتزوج بأخرى بعد ذلك ، وتستمر هذه الحرمة قائمة حتى تموت احداهن أو يطلقها وتخرج من عـدتها .وذلك لأن الله سبحانه وتعـالى يقول : « فانكحوا ما طاب لكم من النساء ، مثنى وثلاث ورباع ، فان خفتم ألا تعدلوا فواحدة » فهذا النص الكريم يفيد إباحة الجمع بين زوجتين أو بين ثلاث أو بين أربع من النساء عند الحاجة إلى ذلك والقدرة على العدل • وقد أجمع فقهاء المسلمين على جواز تعدد الزوجات إلى أربع(١) استنادا إلى هذه الآية الكريمة ، وإلى ما قاله ابن عمر : « أسـلم غيلان بن سلمة الثقفى وتحته عشر نسوة فى الجاهلية ، فأسلمن معه . فأمر النبى — ﷺ — أن يختار منهن أربعا » كما روى مثل ذلك عن

---

(١) وأجاز الروافض الجمع بين تسع زوجات ، مستدلين بالآ المذكورة التى اباحت الزواج : بأثنتين وثلاث وأربع من النسـاء ، وعطفت بين هذه الاعداد بالواو التى تفيد الجمع لغة ، فتفيد الآية على هذا أن الجمع جائز الى تسع ، وأجاز الخوارج الجمع بين ثمانى عشرة زوجة ، على أساس أن لفظ مثنى يعبر به فى اللغـة عن اثنين اثنين ، ولفظ ثـلاث يعبر بـه عن ثلاثة ثلاثة ولفظ رباع يعبر به عن أربعة أربعة . وقد عطفت هذه الاعداد بالواو ، فيكون مجموع ما يحل الجمع بينه ثمانى عشرة امراة بل نسب الى بعض الناس القول باباحة التعدد الى أى عدد بلا نهاية ، لأن هذه الاعداد الواردة فى الآية ليست واردة على سبيل التحديد بل على سبيل المثل . والمقصود اباحة التزوج بأى عدد . وهذه أفهلم لا تتفق مع الاساليب العربية ومناقضة لما تفيده الاحاديث النبوية التى بينت المقصود من الآية الكريمة. والتى قصرت التعدد على أربع . حيث أمر الرسول من اسلم ومعه اكثر من أربع زوجات بمفارقة ما يزيد على ذلك ، وقد انعقد اجماع المسلمين قولا وعملا على جواز التعدد الى اربع فقط دون زيادة .

قيس بن الحارث ونوفل بن معاوية ، فلا يحل الزواج بأكثر من أربع ، وهو ما أفادته الآية والأحاديث .

وكما يحرم على الرجل التزوج بالخامسة إذا كان فى عصمته أربع زوجات ، يحرم عليه الزوج بها إذا طلق احداهن مادامت فى عدتها من هذا الطلاق ، لأنها لاتزال زوجة حكما ، ويخالف الشافعى فى هذه الحالة كما خالف فى مسألة الجمع بين محرمين ، ويرى صحة التزوج بالخامسة فى عدة المطلقة طلاقا بائنا ، لانقطاع الزوجية بالطلاق البائن، فلا تكون من يتزوجها فى هذه الحالة خامسة بل تكون هى الرابعة ، لخروج المطلقة بائنا عن أن تكون زوجة .

أما ما يقوله بعض الناس من أن تعدد الزوجات فى الاسلام ممنوع، لأن الله سبحانه وتعالى أباحه بشرط العدل ، وقد قرر سبحانه أن العدل غير مستطاع فى قوله تعالى : « ولن تستطيعوا أن تعدلوا بين النساء ولو حرصتم » فيكون التعدد غير جائز ، لعدم تحقق شرطه وهو العدل كما نطقت الآية الثانية ، فانه قول ظاهر الخطأ وفى غير حاجة إلى تفنيد ، لأن العدل المطلوب فى الآية الأولى غير العدل المنفى فى الآية الثانية ، والعدل فى الآية الأولى هو العدل فى الأمور الظاهرة المقدورة من حسن معاملة ونفقة ومبيت ، والعدل فى الآية الثانية هو العدل فى الميل القلبى ، والمحبة الباطنية ، وقد أرشد القرآن إلى هذا المعنى بقوله تعالى بعد ذلك فى الآية الثانية « فلا تميلوا كل الميل ، فتذروها كالمعلقة » ومعنى الآية الثانية على هذا أن العـدل الكامل التام الذى يشمل المحبة القلبية غير مستطاع ولا ممكن ، مهما حرص عليه الانسان ، وإذا كان الأمر كذلك وجب ألا يجرى الانسان وراء ميله القلبى ومحبته الباطنة ، فيحابى زوجة على أخرى فى المعاملة

الظاهرية ، حتى تصبح الأخرى كالمعلقة لا هى زوجة ولا هى مطلقة . ولو كان المقصود بالآيتين هو ما يقوله هؤلاء الناس لكان قوله تعالى : « فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع فان خفتم ألا تعدلوا فواحدة » قولا لا يصح صدوره من الله الحكيم الخبير . هذا وقد تزوج كثير من الصحابة بأكثر من واحدة ، ومن هؤلاء عمر ابن الخطاب ، وعلى بن أبى طالب ، ومعاوية بن أبى سفيان . فهل غاب عن هؤلاء العلية من أفاضل الصحابة الذين تلقوا الشريعة من رسولها ومصدرها الطاهر — حكم الاسلام فى تعدد الزوجات وما تفيده الآيات القرآنية الواردة فيه .

الحكمة فى تعـدد الزوجات :

ثم أن الحكمة فى اباحة تعدد الزوجات إلى أربع ترجع إلى أمور كثيرة : منها تكثير النسل وهو الأصل إلا فى الأحوال الاستثنائية ، ومسارعة الزوجة إلى العقم وعدم الانجاب فى سن مبكرة عن سن الرجل . وكثرة عدد النساء عن عدد الرجال وبخاصة بعد الحروب ، كما حدث فى ألمانيا بعد الحرب الأخيرة ، حيث أصبحت نسبة الرجال إلى النساء (١) إلى (٩) ، وحاجة الرجل إلى التعدد فى كثير من الأحيان لتحصين نفسه ، فيعدد الحليلات فى ظل الشريعة والقانون وفى سعة الحلال ويسره . بدلا من تعدد الخليلات فى ظلمات الشيطان وفى عنت الحرام وضيقه وفساده (١) .

---

(١) عزا بعض مفكرى الغرب ومنهم الفيلسوف الفرنسى « مونتسكيو » نظام تعدد الزوجات فى البلاد الشرقية الى عاملين : كلاهما يرجع الى تأثير المناخ . فالجو الحار يزيد من الحساسية الجنسية فى نظره ، ويدفع الرجل الى الزواج بأكثر من واحدة لارضاء هذه الغريزة . كما أن
=

* * * * * * * * * * * * * *

=

أثر الجو الحار يظهر — كما يقال — فى زيادة عدد المواليد من الاناث زيادة تفوق بكثير عدد الذكور . ولذلك فان الرجل يتزوج بأكثر من واحدة لاحداث التكافؤ العددى بين الجنسين ، ويرد عليه الاستاذ الدكتور السيد محمد بدوى أستاذ علم الاجتماع بآداب الاسكندرية بقوله : « اذا كان الزواج بأكثر من واحدة يحدث بدافع من الحاح الغريزة الجنسية فما السبب الذى يدفع بكثير من الغربيين لاتخاذ خليلات متحايلين بذلك على قانون الزوجة الواحدة ؟ مع العلم بأن الغريزة الجنسية لديهم معتدلة بسبب الجو المعتدل أو البارد الذى يعيشون فيه ؟ أما من ناحية زيادة عدد الاناث عن المواليد بسبب الجو الحار ، فقد اثبتت الاحصاءات خطأ ذلك الاعتقاد ، واصبح من الحقائق المعترف بها اليوم أن عدد المواليد من الذكور ، يفوق دائما عدد المواليد من الاناث ، وذلك بالنسبة لجميع الاجواء فى جميع المجتمعات ، ثم يتفوق عدد الاناث على عدد الذكور فى سن الشباب وفى سن الاكتمال ، نظرا لتعرض الرجال لاخطار العمل وأخطار الحروب ، فاذا كان السبب فى نظام تعدد الزوجات هو تفوق عدد الاناث للزم أن تأخذ به جميع المجتمعات . والحقيقة أن نظام تعدد الزوجات فى الاسلام قد شرع لمجموعتين من الاسباب :

١ — أسباب خاصة دعت اليها ظروف المجتمع الاسلامى فى بدء ظهور الاسلام .

٢ — أسباب انسانية عامة تنطبق على النفس البشرية فى جميع العصور . وفيما يتصل بالمجموعة الاولى من الاسباب :

(أ) ان هذا النظام قد سمح للكثير من المسلمين أن يعولوا أرامل اخوانهم الذين استشهدوا دفاعا عن العقيدة .

(ب) ان هذا النظام سمح بتعزيز أواصر الوحدة والوئام بين القبائل المتفرقة ، فاذا تزوج رؤساء العشائر والقبائل من القبائل الاخرى كان ذلك عاملا على اتحادهم وتوحيد كلمتهم .

(جـ) أن هذا النظام قد تدرج بالمجتمع الاسلامى من حالة الفوضى الشاملة فى الزواج الى حالة من التنظيم لا ترهقهم ، فالتشريع الحكيم لا ينتقل بالناس من الاباحة المطلقة الى التحريم الصارم ، وانما تدرج بهم فى خطوات حتى لا يتخذ صبغة التعسف والظلم .

وفيما يتعلق بالمجموعة الثانية من الاسباب :

=

. . . .

=

(أ) راعى نظام تعدد الزوجات أن الطبيعة الانسانية والعواطف الانسانية لا تظل على حالة واحدة ، فقد تدب الكراهية بين الرجل وزوجته . وفى هذه الحالة بدلا من أن يطلقها ويتركها مع أولادها تتلقفها يد الاقدار يستطيع أن يتزوج بأخرى معها .

(ب) كذلك قد لا تنجب الزوجة الاولى أولادا ، ويرى من المصلحة بقاءها والتزوج بأخرى لانجاب الذرية .

(جـ) ثم أن هذا النظام قد أقام العلاقات بين الرجل والمرأة على أسس عادلة بدلا من أن تترك خارج نطاق القانون .

وبنظرة شاملة للمجتمعات الانسانية فى جميع بلاد الدنيا ، وفى جميع الازمنة ، تجد المجتمع لا يخلو من احد أمرين : أما تعدد الخليلات أى العشيقات من غير وقوف عند عدد معين ، وأما تعدد الحليلات اى الزوجات مع الوقوف عند الاربع ، وهو العدد الذى جعله الاسلام — بعلم الله وحكمته — حدا أعلى للتعدد ، الذى يعالج حاجات المجتمعات المتنوعة وأفرادها مختلفى القدرات والامزجة والحاجات ، من غير أفراط ولا تفريط.

وقد وصل الامر الآن فى البلاد الاوروبية الى الاعتراف بحقوق العشيقة وتعويضها اذا ما تضررت من هجر عشيقها ، وثبوت نسب أولاد العشيق منها .

وذلك كله ناطق بحكمة الاسلام التى لا يدركها بعض المنسوبين اليه جغرافيا ، والمسمين بأسماء قد تكون اسلامية ، وهم كالمنافقين أشد بلاء على المجتمع الاسلامى من أعدائه الظاهرين .

على أن تعدد الزوجات فى تناقص مستمر كما تدل الاحصاءات (المجتمع والمشكلات الاجتماعية ص ١٩٢) وراجع فى ذلك مدى استعمال حقوق الزوجية للاستاذ الدكتور السعيد مصطفى ص ١٤٢ الى ص ١٥٥ ونقد مشروع قانون تقييد تعدد الزوجات لفضيلة الاستاذ الشيخ محمد أبو زهرة المنشور بمجلة القانون والاقتصاد عدد ١ و ٢ س ١٥ ، واقوال بعض كاتبات الغرب فى المطالبة بتعدد الزوجات والمنشور بتفسير المنار جـ ٤ عند تفسير قوله تعالى : « فانكحوا ما طاب لكم من النساء » وعمدة التفسير جـ ٣ ص ١٠٢ — ١٠٩ ، وما فيه من تعليق للاستاذ الشيخ احمد محمد شاكر ، ثم انظر (الاسرة والمجتمع) للاستاذ الدكتور على عبد

=

الواحد وافى ص ٥٧ فى نظم تعدد الزوجات أو الازواج ووحدانيتهم فى المجتمعات القديمة والحديثة لنقارن بين هذه النظم ، ولترى أن نظام الاسلام هو الذى يتفق مع الفطرة والرغبات الانسانية والمصلحة الفردية والجماعية .

هذا وقد أخذ المشرع السورى فى المرسوم التشريعى رقم ٥٩ الصادر فى ١٩٥٣/٩/١٧ بمبدأ تقييد تعدد الزوجات فنصت المادة ١٧ منه على ان للقاضى الا يأذن للمتزوج بأن يتزوج على امرأته اذا تحقق انه غير قادر على نفقتهما ، وجاء فى المذكرة الايضاحية (ولما كانت اباحة التعدد مشروطا فيها شرعا القدرة على الانفاق ، فقد منع زواج المتزوج مرة ثانية ، اذا كان لا يستطيع الانفاق على زوجته ، عملا بقاعدة سد الذرائع، وذلك مع بقاء الحكم على حاله من جهة صحة هذين الزواجين اذا وقعا حفظا للنتائج فى الانساب وغيرها) .

وفى مصر سبق أن أعد مشروع قانون ينص على أنه : « لا يجوز لمتزوج أن يعقد زواجه بأخرى ، ولا يجوز لاحد أن يتولى عقد هذا الزواج أو يسجله ، الا بأذن القاضى الذى فى دائرة اختصاصه مكان العقد » ولا يأذن القاضى بزواج متزوج الا بعد التحرى وظهور القدرة على القيام بحسن المعاشرة والانفاق على أكثر ممن فى عصمته ومن تجب نفقتهم عليه من أصوله وفروعه ، ولا تسمع عند الانكار أمام القضاء دعوى زوجية حدثت بعد العمل بهذا القانون الا اذا كانت ثابتة بورقة رسمية » .

ويقول الاستاذ الاكبر الشيخ المراغى شيخ الجامع الازهر الاسبق فى دفاعه عن هذا المشروع : « ... ما قصدنا أن الزواج بدون اذن القاضى غير صحيح ، ولم نحمل ولى الامر على أن ينهى عن واجب ، أو أن يخالف السياسة الشرعية الى سياسة ظالمة ، ونحن أول من يقدر الحكمة فى تعدد الزوجات . ويقول : ان التعدد ضرورى للنوع الانسانى ، لاعتبارات كثيرة ، يرجع بعضها الى النسل ، وبعضها الى ارضاء النفوس البشرية، ولكن الشريعة الاسلامية وضعت للتعدد بل للزواج الاول نفسه قيودا دقيقة ، لو عمل بها الناس لما احتاج أولو الامر الى التدخل ، ولما وجدت شكوى من التعدد . ولم نغير بهذا القانون نصوص الاسلام ، بل الامر على العكس أريد بهذا القانون رد الناس الى نصوص الاسلام ، فهذه

وأما ما نشاهده من فساد بعض الأسر واضطراب أمرها مما ينسب إلى تعدد الزوجات ، فإن منشأه هو إهمال التربية الدينية من الدولة والأفراد ، وسوء الأخلاق ، وعدم الاسترشاد بأحكام الشريعة وحكمها وآدابها فى التعدد وفى العدل بين الزوجات والأولاد ، واساءة الرجل فى استعمال حقه فى التعدد ، عند عدم الحاجة إليه ، أو عدم قدرته على التزاماته .

وقد أوجبت المادة ١١ مكررا من القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ المنشور بالجريدة الرسمية بتاريخ ١٩٨٥/٧/٤ « على الزوج أن يقر فى وثيقة الزواج بحالته الاجتماعية ، فاذا كان متزوجا فعليه أن يبين فى الاقرار اسم الزوجة أو الزوجات اللاتى فى عصمته ومحال اقامتهن، وعلى الموثق اخطارهن بالزواج الجديد بكتاب مسجل مقرون بعلم الوصول . ويجوز للزوجة التى تزوج عليها زوجها أن تطلب الطلاق منه إذا لحقها ضرر مادى أو معنوى يتعذر معه دوام العشرة بين أمثالهما ولو لم تكن قد اشترطت عليه فى العقد ألا يتزوج عليها ، فاذا عجز القاضى عن الاصلاح بينهما طلقها عليه طلقة بائنة ، ويسقط حق الزوجة فى طلب التطليق لهذا السبب بمضى سنة من تاريخ علمها

= القواعد الخاصة بالزواج لا تخرج عن أن تكون من قبيل النهى عن المنكر، ومع التساهل نقول : انها جعلت لولى الامر التدخل فى منع بعض المباحات للمصلحة . (انظر : بحوث فى التشريع الاسلامى (ص ٥٠ — ٥٨) ، وفى مشروع القانون الموحد أعطى للزوجة الاولى حق طلب فسخ عقد الزواج بينها وبين زوجها ، اذا تزوج عليها دون رضاها ، واعطيت الزوجة الجديدة حق الفسخ ايضا اذا لم تكن عالمة بزواجه بالاولى . وقد اقرت لجنة المراجعة هذا المبدأ مع تعديل جزئى فى بعض الاحكام وفى الصياغة القانونية .

بالزواج بأخرى . إلا إذا كانت قد رضيت بذلك صراحة أو ضمنا . ويتجدد حقها فى طلب التطليق كلما تزوج بأخرى •

وإذا كانت الزوجة الجديدة لم تعلم أنه متزوج بسواها ثم ظهر أنه متزوج فلها أن تطلب التطليق لذلك •

واعتبرت المادة ٦ مكررا اقتران الزوج بأخرى بغير رضا زوجته اضرارا بالزوجة ولو لم تكن قد اشترطت عليه فى عقد زواجها عدم التزوج عليها •

ثم تقول المذكرة الايضاحية : الطلاق للضرر وهو ثابت بالقانون فأدخل القانون الجديد فيه مشكلة الجمع بين أكثر من زوجة واعتبره إيذاء للزوجة السابقة فأعطاها الحق فى طلب التفريق ما لم ترض بذلك كما أعطاها هذا الحق إذا أخفى الزوج عنها وقت الزواج أنه متزوج •

ثم قالت : إن ما اختاره المشروع يمتاز بأنه فى نطاق الشريعة ولا يخرج على أصولها وهو فى الوقت ذاته لا يبقى على مشكلة تعدد الزوجات الا برضا الزوجات أنفسهن •

وقالت : إن مستند ذلك ما أوضحه ابن القيم تخريجا على قواعد الامام أحمد رحمه الله وقواعد فقه أهل المدينة •

ونلاحظ على هذا أولا أنه لا توجد فى مصر مشكلة تعدد زوجات حتى نحتاج إلى علاجها كما قرر ذلك الجهاز المركزى للاحصاء على الوجه الذى سنبينه فى آخر الكتاب وإنما وجدت هذه المشكلة فى أذهان خصوم الاسلام الذين يفضلون تعدد الخليلات أى العشيقات على تعدد الحليلات أى الزوجات . هؤلاء الذين لا يجدون حرجا فى العلاقة الحرام ولا يحرمونها قانونا إلا إذا كانت بطريق الاغتصاب لغير

المتزوجة . أما المتزوجة فلها ذلك أيضا إذا رضى زوجها بذلك ورضى بأن يكون تيسا .

والشيخ جاد الحق الذى صاغ نصوص القانون ودافع عنها أمام مجلس الشعب ارضاء لجيهان وتلهفا على المناصب الدنيوية يعلم ذلك ويعلم أن هذه النصوص اعتبرت أن تعدد الزوجات الذى شرعه الاسلام ضررا بالزوجة الأخرى يستوجب الطلاق .

٦ — المرأة التى لاعنها زوجها بعد قذفها بالزنى أو نفى نسب ولده منها . ثم فرق القاضى بينهما . فانه لا يحل له الزواج بها بعد ذلك إلا إذا كذب نفسه وقرر براءتها مما اتهمها به . لأنه بعد أن زالت الثقة بينهما لا محل لبقاء الزوجية بينهما ولا لاستئناف زوجية أخرى بعد ذلك إلا إذا عادت الثقة والاطمئنان بينهما بتكذيبه نفسه فيما رماها به .

وقال الشافعى وأحمد . لا تحل له أبدا . لقول الرسول — ﷺ — بعد أن فرق بين المتلاعنين : لا يجتمعان أبدا . ولقوله لمن لاعن زوجته : لا سبيل لك عليها . وقد يجاب عن هذا من قبل أبى حنيفة بأن هذا التأبيد فى الحرمة إنما هو فيمن لم يكذب نفسه (١) .

الولايــة فى الزواج

٤٥ — الولاية سلطة شرعية يكون لصاحبها القدرة على إنشاء العقود نافذة أى تترتب عليه آثارها .

---

(١) وقد نقل مذهب أبى حنيفة عن سعيد ابن المسيب من التابعين ، فقد قال : ان اكذب نفسه فهو خاطب من الخطاب (سبل السلام جـ ٢ ص ٢٤١) .

وهى نوعان : ولاية قاصرة تثبت لكامل الأهليــة على نفسه ، وولاية متعدية تثبت له على غيره ، ولا تثبت الولاية المتعدية إلا لمن ثبتت له الولاية القاصرة ، فان من لا يملك أمر نفسه لا يملك أمر غيره من باب أولى •

ثم أن الولاية المتعدية فى الزواج أنواع ثلاثة عند الفقهاء :

١ ــ ولاية اجبار واستبداد (١) ينفرد صاحبها بتنفيذ العقد على المولى عليه رضى أم كره •

٢ ــ ولاية شركة واختيار ، يكون لصاحبها تولى عقد الزواج بعد الاشتراك مع المرأة فى اختيار الزوج •

٣ ــ ولاية ندب واستحباب ، يكون لصاحبها تولى عقد الزواج عن المرأة من باب المحافظة على محاسن العادات ، وصيانة المرأة عن حضور هذا العقد بمحضر من الرجــال ، مما يمنع منه حياء المرأة وتصونها ، وحياؤها تاج عفتها وكرامتها •

الولاية فى المذهب الحنفى :

٤٦ ــ يثبت الحنفية ولاية الاجبار على الصغير وعلى الصغيرة بكرا كانت أو ثيبا ، وعلى المجنون والمجنونة ، والمعتوه والمعتوهة ، لأن فاقد الأهلية أو ناقصها لا يدرك المصلحة فى عقد الزواج ، وقد تدعو الحاجة والمصلحة إلى تزويج أحدهم ، منعــا لمضرة أو تحقيقا لمنفعة فيقوم بذلك وليه •

---

(١) استبد بالامر : انفرد به من غير مشارك له فيه (المصباح المنير) .

فاذا بلغ الصغير عاقلا زالت عنه هذه الولاية ، وكان له تولى عقد زواجه بنفسه •

أما الصغيرة فانها إذا بلغت عاقلة تتحول هذه الولاية الاجبارية عليها إلى ولاية ندب واستحباب ، بمعنى أنه يجوز لها بكرا كانت أو ثيبا أن تتولى عقد زواجها بنفسها . ولا يملك الولى الاعتراض عليها فى هذا الشأن ، إلا إذا زوجت نفسها بغير كفء أو بمهر أقل من مهر المثل . ولكن يندب لها ألا تتولى العقد بنفسها محافظة على حيائها وتصونها وعزتها . وهو ما جرى عليه العرف . ولهذا سميت هذه الولاية ولاية ندب واستحباب •

من تثبت لهم الولاية :

٤٧ — تثبت الولاية أولا للقريب العاصب بنفسه ، والعصبة بالنفس هو كل قريب من الذكور لا ينتسب إلى الشخص عن طريق الأنثى فقط . سواء منتسبا إليه مباشرة كالابن والأب ، أو بواسطة الذكر فقط كالأخ من الأب . أو بواسطة الذكر والأنثى كالأخ الشقيق•

أما الأنثى فلا تكون عاصبة بنفسها لانعدام الذكورة ، فليست البنت والأخت من العصبات بالنفس ، وأما الذكر الذى تنفرد الأنثى طريقا لقرابته فلا يكون عصبة أيضا ، وذلك كالأخ من الأم والعم من الأم •

وإذا لم يكن للمولى عليه إلا قريب واحد من العصبات بالنفس كانت له الولاية ، فان كان له عصبات متعددون قدم أولاهم ، بحسب ترتيبهم فى الميراث . وهم مرتبون فيه على الوجه الآتى :

١ — الفروع الذكور ، وهم الأبناء وأبناؤهم مهما نزل حبل النسب . وهؤلاء من جهة البنوة ... .

٢ — الأصول الذكور ، وهم الأب والأجداد الذين من جهته مهما علا حبل النسب ، وهؤلاء من جهة الأبوة .

٣ — فروع الأب ، وهم الاخوة أشقاء أو لأب وأبناؤهم مهما امتدت سلسلة النسب ، وهؤلاء من جهة الأخوة .

٤ — فروع الجد (أب الأب) ، وهم الاعمام سواء أكانوا أشقاء أم كانوا لأب وأبناؤهم مهما طال حبل النسب . وهؤلاء من جهة العمومة .

فيقدم العصبات من جهة البنوة على باقى العصبات من جميع الجهات ، فاذا كان لمعتوهة أب وابن قدم الابن (١) ، ويقدم العصبات من جهة الأبوة على العصبات من جهة الأخوة أو العمومة ، فاذا كان لصغيرة أب وأخ وعم قدب الأب عليهما ، ويقدم العصبات من جهة الأخوة على العصبات من جهة العمومة . فاذا كان لصغيرة أخ وعم كانت الولاية للأخ .

واذا تعددت العصبات من جهة واحدة ، قدم من كان أقربهم درجة . فيقدم الابن على ابن الابن . والأب على الجد ، ويقدم الأخ

---

(١) خالف فى ذلك محمة صاحب أبى حنيفة ، وقال : ان الاب اولى، لوفرة شفقته وكثرة تجاربه وخبرته ، ولأن الاب تكون له الولاية على المال والولاية على النفس ، بخلاف الابن الذى لا تكون له ولاية على المال ، فكانت الابوة فى باب الولاية أولى وأقوى . وقد اعتبرهما أبو يوسف فى مرتبة واحدة . لأن فى كل منهما اعتبارا يقتضى تقديمه وأولويته ففى الاب وفرة الشفقة وثبوت الولاية المالية ، وفى الابن التقديم فى الميراث . ويرى الفقيه الكاساتى أن يتولى الاب العقد بتفويض من الابن مراعاة لمكانته ، وخروجا من خلاف الفقهاء .

ولو كان من الأب على ابن الاخ ولو كان الأخ شقيقا . ويقدم العم على ابن العم كذلك .

فان تساووا فى الجهة والدرجة قدم من كان أقوى قرابة ، فمن كان قريبا للمولى عليه من جهتى الأب والأم ، يكون أحق بالولاية من قريبه من جهة واحدة وهى جهة الأب فقط ، وعلى هذا يقدم الأخ الشقيق على الأخ لأب . وابن الأخ الشقيق على ابن الأخ لأب ، والعم الشقيق على العم لأب ، وابن العم الشقيق على ابن العم لأب.

فان تساووا فى كل هذا . بأن اتحدت جهتهم ودرجتهم وقوة قرابتهم . ثبتت الولاية لكل واحد منهم ، اذ لا مرجح لأحدهم على الآخر حتى يتقدم عليه ، فاذا كان للصغيرة أخوان شقيقان . كان لكل منهما تولى عقد زواجها ، فان زوج كل منهما الصغيرة كان عقد الأول صحيحا . وكان عقد الثانى باطلا . لوروده على زوجة الغير (١) ، فان جهل السابق من العقدين أو تم العقدان فى وقت واحد ، كان العقدان باطلين، اذ لا سبيل إلى القول بصحتهما معا ، ولا إلى القول بصحة واحد منهما، لعدم وجود مرجح يقتضى ذلك . فلم يكن الا القول ببطلانهما معا .

فاذا لم يوجد للمولى عليه أحد مطلقا من هؤلاء العصبات من النسب . أو كان الموجود منهم ليس أهلا للولاية . لعدم تحقق شروطها فيه . انتقلت الولاية إلى أقاربه غير العصبات عند أبى حنيفة . وفى رواية عن أبى يوسف . وقد اختلف فى ترتيب هؤلاء فى استحقاق الولاية . والراجح فى ذلك أن أولاهم الام ، ثم الجدة أم الاب ، ثم

---

(١) وفى ذلك يقول النبى ﷺ : « ايما امراة زوجها وليان فهى للاول منهما » (سبل السلام جـ ٣ ص ١٣٥) .

الجدة أم الام ، وهؤلاء من الاصول ، ثم البنت ، ثم بنت الابن ، ثم بنت البنت ، وهكذا ، وهؤلاء من الفروع ، ثم الجد أبو الأم ، ثم فروع الابوين ، بتقديم الأخت الشقيقة ، ثم الاخت لأب ثم الأخ والأخت لأم ، ثم أولاد الاخوات بنفس الترتيب ، ثم فروع الجدين، بتقديم العمات من أى جهة ، والاعمام لأم ، ثم الاخوال والخالات ، ثم أولادهم •

فاذا وجد للصغير واحد من هؤلاء كان هو صاحب الولاية ، فان تعددوا كان تقديمهم بهذا الترتيب ، فان وجد له اثنان فى مرتبة واحدة، كأختين شقيقتين ، ثبت لكل منهما الولاية ، كما بينا فى العصبات •

فاذا لم يوجد قريب أصلا لا من العصبات ولا من غيرهم ، كانت ولاية التزويج للحاكم ، يقول — ﷺ — : « السلطان ولى من لا ولى له » وينوب عن الحاكم فى ذلك القضاة ، وقد نصت المادة ٢٨ من لائحة المحاكم على أن تزويج من لا ولى له من الأيتام وغيرهم من اختصاص رؤساء المحاكم والقضاة الجزئيين فى دوائر اختصاصهم •

وينبنى على هذا أن الولاية لا تنتقل إلى القاضى إلا إذا لم يوجد قريب أصلا عند أبى حنيفة وهو المفتى به والذى عليه العمل ، ويرى محمد وأبو يوسف فى رواية أخرى عنه أن الولاية تنتقل إلى الحاكم إذا لم يوجد عاصب ، اذ لا ولاية لغير العصبات من الاقارب . فقد روى على — رضى الله عنه — عن النبى — ﷺ — قوله : « النكاح إلى العصبات » كما أن هذه الولاية قد ثبتت للعصبات لأنهم الذين يعنيهم زواج القريب ومصلحته ، ويصيبهم فخاره أو عاره ، وليس غيرهم فى قوة قرابتهم حتى يقاس عليهم ، ولكن أبا حنيفة يقول : ان

الولاية قد شرعت لمصلحة المولى عليه ، ومن مصلحته اثباتها الأقاربه غير العصبات لأنهم أوفر شفقة ، وأكثر معرفة ودراية بمصلحته وأحواله من القاضى الذى لا تربطه بالمولى عليه رابطة من القرابة التى تدعو إلى الشفقة ، ولا يتسع وقته لاستقصاء الظروف التى تحيط بزواجه كالقريب ، ثم انهم يعنون بهذه المصاهرة ويتأثرون بها كما يتأثر القريب العاصب . بل قد يكون ذلك أقوى وأظهر فى بعضهم كالأم من بعض العصبات الذين تبعد قرابتهم • أما حديث على الذى استدل به الصاحبان ، فانما يثبت الولاية للعصبات عند وجودهم ، فاذا لم يوجد أحد منهم كان الولاية لغيرهم من الأقارب ، وليس فى الحديث ما ينفيها •

شروط استحقاق الولاية :

٤٨ — يشترط فيمن تكون له الولاية أن يكون كامل الاهلية بالبلوغ والعقل ، وأن يكون متحدا فى الدين مع المولى عليه . يقول الله تعالى : « لن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا » كما أن اتحاد دين كل منهما يجعل الولى أقدر على تحقيق مصلحة المولى عليه التى تدخل فى تقديرها اعتبارات وأحكام دينية . فاذا كان للصغيرة أخوان شقيقان ، أو عمان شقيقان ، وكان أحدهما مسلما والآخر مسيحيا ، كانت ولاية التزويج للمسلم ، إذا كانت الصغيرة مسلمة . وللمسيحى إذا كانت مسيحية •

ولا يشترط فى الولى أن يكون موصوفا بالعدالة — وهى اجتناب الكبائر ، وعدم الاصرار على الصغائر . والبعد عن كل ما يقدح فى المروءة — بل تجوز ولاية الفاسق ، لأنه أهل للولاية على نفسه وهى

الولاية القاصرة ، فتكون له الولاية المتعدية على غيره ، ولأن مبنى الولاية على الشفقة ورعاية المصلحة للمولى عليه ، ولا يمنع الفسق من ذلك ، إلا أنه إذا كان الولى فاسقا مجاهرا لا يبالى بأفعاله ولو كانت سيئة . فانه مع ثبوت ولايته لا ينفذ عقد زواجه للمولى عليه الا إذا كانت المصلحة فيه متحققة وظاهرة .

غيبـــة الولى :

٤٩ — قررنا أن الولى الأقرب هو صاحب الولاية فى الزواج . وليس لمن يليه فى المرتبة أن يتولى التزويج فى حضوره ، فاذا تولى الولى البعيد مع حضور الولى الأقرب ، كان فضوليا فى ذلك وأخذ عقده حكم عقد الفضولى ، فيكون موقوفا على اجازة صاحب الشأن وهو الولى الأقرب ، إلا أنه إذا غاب الولى الأقرب (١) ، وكان الخاطب كفئا لا ينتظر حضور الولى الأقرب ولا استطلاع رأيه ، كان لمن يليه تولى عقد الزواج ، لأن انتظاره يفوت مصلحة المولى عليه ، وهى الغرض المقصود من اثبات الولاية عليه (٢) .

---

(١) اختلفت الروايات فى تحديد الغيبة المنقطعة ، والاصح انه اذا كان فى موضع لو انتظر حضوره او استطلاع رأيه فات الكفء الذى حضر ، فالغيبة منقطعة ، ومن العلماء من رأى تحديد مدة زمنية وقدرها بثلاثة أيام (انظر الفتاوى الطرسوسية ص ١٤) .

(٢) وهل معنى ذلك أن ولاية الاقرب قد سقطت بغيبته وعدم حضوره أم انها لاتزال موجودة وتثبت معها ولاية البعيد الحاضر ؟ فى المذهب الحنفى قولان : أحدهما انها قد سقطت ، ويترتب على ذلك أنه لو زوج الصغير وهو غائب لا ينفذ عقده لسقوط ولايته ، والآخر أنها لاتزال موجودة ، وأن كلا من الولى القريب الغائب والولى البعيد الحاضر فى مرتبة واحدة ، لأن قرب الاول مع غيبته يعادل بعد الثانى مع حضوره ، ويترتب على ذلك نفاذ عقد الولى القريب الغائب .

عضـــل الـــولى :

٥٠ — وإذا امتنع الولى الأقرب عن تزويج من له الولاية عليها مع وجود الخاطب الكف الذى يدفع مهر المثل كان عاضلا وظالما ، وانتقلت الولايـــة الثابتة له إلى القأ فى الرأى الراجح فى المذهب الحنفى ، لأن العضل أى الامتناع عن التزويج فى هذه الحالة ظلم ، والذى يرفع الظلم هو القاضى ، ويرى بعض الفقهاء أن الولاية تنتقل إلى من يليه فى المرتبة قياسا على حالة الغيبة .

والفرق بين الحالتين — على الرأى الراجح — أن امتناع الولى قد يكون لسبب معقول ومشروع ، مثل أن يرى عدم كفاءة الخاطب ، أو أن ينتظر خاطبا آخر أصلح فى طريقه إلى خطبتها ، أو أن يرى عدم بلوغ المهر مهر مثلها ، فلو أعطينا لمن يليه فى المرتبة الحق فى التزويج وكان يرى ما لا يراه الأقرب — لكان فى ذلك ترجيح رأى الولى البعيد على رأى الولى القريب ، دون تحقق من رجحان رأى البعيد ، فتنتقل الولاية إلى القاضى الذى يبحث الأمر من جميع نواحيه .

---

(١) اختلفت الروايات فى تحديد الغيبة المنقطعة ، والاصح أنه اذا كان فى موضع لو انتظر حضوره أو استطلاع رأيه فات الكفء الذى حضر . فالغيبة منقطعة ، ومن العلماء من رأى تحديد مدة زمنية وقدرها بثلاثة أيام (انظر الفتاوى الطرسوسية ص ١٤) .

(٢) وهل معنى ذلك أن ولاية الاقرب قد سقطت بغيبته وعـــدم حضوره ، أم أنها لاتزال موجودة وتثبت معها ولاية البعيد الحاضر ؟ فى المذهب الحنفى قولان : أحدهما أنها قد سقطت ، ويترتب على ذلك أنه لو زوج الصغير وهو غائب لا ينفذ عقده لسقوط ولايته ، والآخر أنها لاتزال موجودة ، وأن كلا من الولى القريب الغائب والولى البعيد الحاضر فى مرتبة واحدة ، لأن قرب الاول مع غيبته يعادل بعد الثانى مع حضوره ، ويترتب على ذلك نفاذ عقد الولى القريب الغائب .

مراتب تزويج الأولياء

٥١ — يختلف حكم تزويج الولى الذى له ولاية الاجبار تبعـا لاختلاف درجته فى الشفقة والعطف وفى كمال الرأى وقصوره . ونوضح ذلك ببيان الحالات الثلاث الآتية :

١ — إذا قام بالتزويج الأب أو الجد أبو الأب أو الابن . وكانوا من المعروفين بحسن الرأى والتدبير . يكون عقد الزواج صحيحا ، ونافذا ، ولازما للمولى عليه ، فلا يكون له الحق فى فسخه عند بلوغه أو إفاقته ، حتى لو كان هذا الزواج بغير كفء أو كان بغبن فاحش فى مهر المثل فى رأى أبى حنيفة . والسبب فى ذلك أن هؤلاء الأولياء لهم من كمال الشفقة والحنو على المولى عليه . والحرص التام على تحقيق مصالحه ، ما يجعل تصرفهم فى مصلحته ، ولو كان ظاهر الأمر لا يؤيد ذلك . ولابد أنهم قد راعوا فى التزويج لغير الكفء ومع قبول الغبن الفاحش فى المهر — اعتبارات أخرى أهم وأخطر وأنفع للمولى عليه .

ويرى الصاحبان عدم لزوم العقد إلا إذا تحققت الكفاءة ومهر المثـــل .

٢ — وإذا قام بالتزويج واحد من هؤلاء لم يعرف بحسن الرأى وكماله ، بل كان على عكس ذلك معروفا بسوء اختياره وتقديره ، كان عقده صحيحا ونافذا ولازما للمولى عليه ، ولكن بشرط توفر الكفاءة وتحقق مهر المثل . باتفاق الامام وصاحبيه ، فان لم يتحقق واحد منهما لم يصح العقد ، لأن الولى المعروف بسوء التصرف لا يوثق برأيه ، ولا يطمأن إلى مراعاته للاعتبارات الأخرى التى قد تكون أنفع للمولى عليه ، ولابد أن يتم عقده على أساس المصلحة الظاهرة التى

تتحقق بالكفاءة وبتقدير مهر المثل ، فاذا راعاها صح العقد ونفذ ولزم وإن لم يراعها لم يصح العقد .

٣ — إذا قام بالتزويج واحـد غير هؤلاء من باقى العصبات والأقارب ، فان عقده يكون صحيحا ونافذا بشرط الكفاءة ومهر المثل ولكنه مع هذا لا يكون لازما للمولى عليه ، ويثبت له الحق فى فسخه عند زوال سبب ثبوت الولاية عليه ، فان كان الزواج بغير كفء أو بغبن فاحش فى مهر المثل لم يصح العقد .

وإنما اشترط فقهاء المذهب فى صحة عقد هؤلاء الأولياء أن يكون بالكفء وبدون غبن فى المهر ، لما رأوه من عدم كمال الرأى والمعرفة فى بعض هؤلاء الأولياء كما فى الأم مثلا ، فانها — مع شفقتها وشـدة عطفها — لا يتحقق فيها كمال الرأى والمعرفة والتقدير فى هذا الشأن، ولضعف الشفقة وقلة الحنو فى بعض هؤلاء الأولياء كما فى العم مثلا. فوجب أن يكون عقد هؤلاء مرتبطا بتحقيق المصلحة الظاهرة بالتزويج للكفء وبمهر المثل ، ثم إنه مع صحته فى هذه الحالة لا يكون لازما أيضا لنفس الأسباب السابقة ، وقد زوج رسول الله — ﷺ — أمامة بنت عمه حمزة وهى صغيرة من سلمة بن أبى سلمة وقال : « لهـا الخيار إذا بلغت » .

ولا يتم الفسخ بمجرد قول المولى عليه واختياره عند بلوغه أو إفاقته ، بل لابد أن يصدر به حكم من القاضى ، بعد أن يتحقق من عدم سبق رضاء المولى عليه بالعقد صراحة أو دلالة بعد انتهاء الولاية عليه ، ويكون الزواج صحيحا ونافذا تترتب عليه آثاره إلى أن يحكم القاضى بالفسخ ، ولهذا لو مات أحدهما قبل ذلك ورثه الآخر ، كما يتأكد المهر بالدخول أو الموت قبل الفسخ .

٥٢ — هذه هى أحكام ولاية التزويج فى المذهب الحنفى ، المعمول بها فى مصر ، مع بعض القيود القانونية التى رآها المشرع المصرى بالنسبة لزواج الصغير والصغيرة ، فقد منع — كما بينا — موثقى العقود من إجراء عقد زواج الصغار ، حتى يبلغ الصغير ثمانى عشرة سنة والصغيرة ست عشرة سنة ، ومنع القضاة أيضا من سماع دعاوى زوجياتهم وما يترتب عليها إلا إذا بلغ الصغير والصغيرة هذه السن وقت رفع الدعوى .

وننبه إلى أن هذه القيود القانونية لم تسلب الأولياء حقهم فى الولاية ولم تمنع صحة العقد الذى يجريه هؤلاء الأولياء إذا استوفى شروطه الشرعية ، ولا التصادق عليه بعد بلوغ السن القانونية ، وغاية ما هناك أن الموثقين يمتنعون عن توثيق العقد ، وأن القضاة لا يسمعون الدعاوى التى تكون بين الزوجين فى شأنه .

وقد أصبح زواج الصغار فى مصر الآن غير معروف نتيجة لهذه القيود ، خوفا من حدوث خلاف بين الزوجين لا يتولى القانون والقانون الفصل فيه .

وهذه التشريعات التى صدرت فى مصر لا تعتبر غريبة على الفقه الاسلامى . فقد ذهب الأئمة : عثمان البتى ، وأبو بكر الأصم ، وابن شبرمة ، إلى أنه لا ولاية على الصغار فى أمر تزويجهم ، لأن الولاية إنما تثبت للحاجة إليها ، وليس بالصغير حاجة إلى الزواج ، وتزويجه وهو صغير لا تترتب عليه الآثار إلا ببلوغه ، فلا حاجة إليه قبل ذلك والله سبحانه وتعالى يقول : « وابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح فان آنستم منهم رشدا ، فادفعوا إليهم أموالهم » ، مما يدل على أن

بلوغ سن النكاح يكون بانتهاء مرحلة الصغر ، على أن فى تزويج الصغير ضررا به . لعدم استفادته بالزواج وهو صغير . حتى إذا ما بلغ سن الزواج وجد نفسه وقد فرضت عليه زوجية قد لا يكون له حاجة فيها ولا رغبة إليها . وإذا استطاع فى بعض الأحيان أن يتخلص من العقد والتزاماته فانه لا يستطيع فى أحيان أخرى (١) .

٥٣ — وقد أثبت الفقيه ابن حزم الولاية على الصغيرة البكر فقط، لما ورد من أن النبى — ﷺ — تزوج عائشة وهى بنت ست سنين بولاية أبيها أبى بكر . أما الصغير فلم يثبت الولاية عليه . حيث لم يرد فى ذلك نص ، ولا يصح عنده قياسه على الصغيرة . وكما أختلف حكم الولاية فى زواجهما بعد البلوغ سانه يختلف قبله (٢) .

أما جمهور الفقهاء فيرون إثبات الولاية على الصغار ذكورا أو إناثا فى أمر تزويجهم . ودليلهم قوله تعالى : « واللائى يئسن من المحيض من نسائكم إن ارتبنم فعدتهن ثلاثة أشهر واللائى لم يحضن» حيث بينت الآية عدة من لم يحضن وهن الصغيرات دون البلوغ . والعدة إنما شرعت آثرا من مثار الزواج وحكما من أحكام الفرقة بعده. فدل هذا على صحة تزويجهن . وقد حدث هذا فى زواج عائشة ، كما زوج ابن عمر بنتا صغيرة له من عروة ابن الزبير . وليس هناك فرق بين الصغير والصغيرة فى ذلك .

وما احتج به ابن شبرمة ومن معه لا يشهد لهم ، لأن كون عقد الزواج لا يثمر ثمراته ولا يحقق مقاصده إلا بالبلوغ ، لا يمنع من

---

(١) وقد رأى مشروع القانون الموحد بطلان زواج الصغير والصغيرة قبل البلوغ ومنع تزويج المجنون والمعتوه ذكرا كان أو انثى الا اذا اذنت المحكمة وقد أقرت لجنة المراجعة هذا المبدأ .

(٢) المحلى لابن حزم جـ ٩ ص ٤٦٠ ، ٤٦٢ المطبعة المنيرية .

صحة الزواج قبل البلوغ ، لأسباب قد تدعو إلى ذلك ، ومنها وجود الكفء الذى قد لا يوجد بعد البلوغ ، والأمر فى هذا الزواج مماثل لشراء الولى عقارا للصغير من مال الصغير ، فانه جائز ولو كان العقار لن يعطى غلة وإيرادا إلا بعد بلوغ الصغير ، وقولهم أيضا إن الصغير يبلغ مقيدا بقيد زوجية قد لا يرغب فيها غير صحيح ، لأن له الحق فى فسخه عند البلوغ فى بعض الأحوال ، والحالات التى يلزم فيها عقد الزواج بالنسبة له يكون الولى المزوج أشفق النـاس على الصغير وأدراهم بمصلحته •

انعقاد الزواج بعبارة النساء

٥٤ — بينا أن الأحناف يجعلون للمرأة البالغة العاقلة بكرا كانت أو ثيبا الحق فى تولى عقد زواجها بنفسها ، بل يجعل بعضهم للمرأة الولاية على فاقد الأهلية أو ناقصها فى بعض الاحوال على الوجه الذى بيناه سابقا . وقد خالف جمهور الفقهاء ومنهم مالك والشافعى وأحمد فى هذا (١) . وذهبوا إلى أن المرأة لا تتولى عقد الزواج مطلقا

---

(١) ويقول ابن رشد فى بداية المجتهد ج ٢ ص ٨ وما بعدها : اختلف العلماء هل الولاية شرط من شروط صحة النكاح أم ليست بشرط ، فذهب مالك الى انه لا يكون نكاح الا بولى ، وأنها شرط فى الصحة فى رواية اشهب عنه . وبه قال الشافعى ، وقال أبو حنيفة وزفر والشعبى والزهرى: اذا عقدت المرأة نكاحها بغير ولى وكان كفؤا جاز ، وفرق داود بين البكر والثيب ، فقال باشتراط الولى فى البكر ، وعدم اشتراطه فى الثيب . وعلى رواية ابن القاسم عن مالك أن الولاية سنة لا فرض ، وذلك أنه روى عنه أنه كان يرى الميراث بين الزوجين بغير ولى ، وأنه يجوز للمرأة غير الشريفة أن تستخلف رجلا من الناس على انكاحها ، وكان يستحب ان تقدم الثيب وليها ليعقد عليها ، وسبب اختلافهم أنه لم تأت آية ولا سنة هى ظاهرة فى اشتراط الولاية فى النكاح ، فضلا عن أن يكون فى ذلك نص ، بل الآيات والسنن كلها محتملة ، وكذلك الآيات والسنن التى يحتج بها الفريق الآخر ، والاحاديث مع كونها محتملة فى الفاظها مختلف فى صحتها الا حديث ابن عباس . ويقول بعد ذلك : وأما احتجاج الفريقين من جهة المعنى فمحتمل ، وذلك انه يمكن أن يقال ان الرشد اذا وجد فى المرأة اكتفى به فى عقد النكاح ، كما يكتفى به فى التصرف فى المال ، وقد يقال ان المرأة مائلة بالطبع الى الرجال اكثر من ميلها الى تبذير الاموال، فاحتاط الشرع بالحجر عليها لذلك ، ولأن ما يلحقها من العار فى القاء نفسها فى غير موضع كفاءة يتطرق الى أوليائها ، لكن يكفى فى ذلك ان يكون للاولياء الفسخ ، فالمسألة محتملة ، لكن الذى يغلب على الظن أنه لو قصد الشارع اشتراط الولاية لبين جنس الاولياء وأصنافهم ومراتبهم) . ومعنى ذلك ترجيحه للمذهب الحنفى .

لا بالاصالة ولا بالنيابة ، وإنما يتولاه عنها وليها الذى تكون له ولاية الاجبار عليها إذا كانت صغيرة أو كانت بكرا بالغة ، فاذا كانت كبيرة ثيبا ثبتت عليها ولاية الشركة والاختيار •

ويستدل الأحناف على مذهبهم بأن الآيات القرآنية والأحاديث النبوية قد أسندت الزواج إلى النساء ، فدل ذلك على أن المرأة لها ولاية التزويج •

ومن الآيات القرآنية قول الله تعالى : « وإذا طلقتم النساء فبلغن أجلهن فلا تعضلوهن أن ينكحن أزواجهن » فهذه الآية قد أسندت النكاح إلى النساء ، ونهت عن منعهن من تزويجهن أنفسهن ، وكذلك قوله تعالى : « فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره» •

ومن السنة قوله — ﷺ — « الأيم أحق بنفسها من وليها » (١) وقوله : « الثيب أحق بنفسها من وليها » وقوله : « ليس للولى مع الثيب أمر » (٢) • ثم يقولون : إن المرأة تتم أهليتها بالبلوغ والعقل، فتكون لها الولاية كاملة على نفسها وعلى مالها (٣) ، وقد أطلقت يدها

---

(١) الأيم هى المرأة غير المتزوجة بكرا أو ثيبا وهذا جزء من حديث رواه ابن عباس وقد اتفق على صحته •

(٢) رواه ابو داود والنسائى وصححه ابن حبان (سبل السلام جـ ٣ ص ١٢٩) •

(٣) ويفرق الفقيه المالكى القرانى بين ولاية الزواج وولاية المال ، حيث ثبتت الثانية للمرأة دون الاولى من وجوه كثيرة : منها أن عرض المرأة وعفافها وشرفها أعظم شأنا من مالها ، لأن الاموال مهما عظمت حقيرة بالنسبة للشرف ، ومنها أن الزواج يسيطر عليه الهوى والشهوة القاهرة والعاطفة القوية ، وليس فى المال مثل ذلك ، ومنها أن ما يصيب المرأة فى شرفها بسبب تزوجها بغير الكفء يصيب أولياءها بالعار والفضيحة ، أما ما يصيبها فى مالها بسبب سوء تصرفها فيه فانه لا يتعدى اليهم (الفرق الرابع والخمسون والمائة من فروق القرافى جـ ٣ ص ١٧٠) •

فى مالها نتيجة لكمال أهليتها . فيجب أن تكون لها الولاية كذلك فى أمر زواجها . وإذا كان الولى يتأثر بهذا الزواج . فان من حقه الاعتراض عليه إذا تزوجت بغير الكفء أو بأقل من مهر المثل (١) .

أما جمهور الفقهاء فيستدلون بالآيات القرآنية التى جعلت الزواج من حق الأولياء . وذلك مثل قوله تعالى : « وأنكحوا الأيامى منكم » وقوله تعالى : « ولا تنكحوا المشركين حتى يؤمنوا » كما استدلوا أيضا بالآية التى استند إليها الحنفية وهى قوله تعالى « ... فبلغن أجلهن فلا تعضلوهن أن ينكحن أزواجهن » ووجه استدلالهم بها أن الخطاب موجه إلى الأولياء نهيا لهم عن عضل النساء أى منعهن من الزواج . ولو لم يكن لهم ولاية الزواج لما نهوا عن العضل فيه . ويقول الشافعى : إن هذه أصرح آية فى اعتبار الولى وإلا لما كان لعضله معنى . وقد نزلت الآية فى معقل بن يسار الذى زوج أخته فطلقها زوجها طلقة رجعية وتركها حتى انقضت عدتها ، ثم أراد زوجها إعادتها . فحلف معقل ألا يزوجها له . فلما نزلت الآية كفر معقل عن يمينه وزوجها له . فلو كان لها تزويج نفسها لم يعاتب أخاها على الامتناع . ولكان نزول الآية لبيان أنها تزوج نفسها (٢) .

---

(١) يرى أبو يوسف أن الولى ليس له الاعتراض على نقصان المهر عن مهر المثل ، لأن نقصانه لا يوجب العار الدائم ، ولأن المهر بعد العقد يصبح خالص حقها فتستطيع ابراءه منه ، فلا فائدة من هذا الاعتراض وتكميل المهر الى مهر المثل ، ويجاب عن ذلك بأن ما يعنى الولى هو الاعتبار الادبى بذكر مهر المثل فى العقد ، دفعا للعار ولو فى الحاضر . أما ما يكون من المرأة بعد ذلك وابرائها لزوجها فلا تأثير له .

(٢) سبل السلام جـ ٣ ص ١٣٠ . هذا وقد تصدت لجنة المراجعة لمشروع القانون الموحد ، فتخيرت من بين آراء الفقهاء فى ولاية تزويج =

ثم يستدلون بالأحاديث التى تدل على اشتراط الولى فى الزواج ، ومن ذلك قوله — ﷺ — : « لا نكاح إلا بولى وشاهدى عدل » وقوله : « أيما إمرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل » وقوله : « لا تزوج المرأة المرأة ، ولا تزوج المرأة نفسها » .

ثم يقولون : إن الزواج يعقد لغايات أبدية سامية . ويندمج به الزوج فى أسرة زوجته ، فمن الواجب العناية باختياره وانتقائه ، والمرأة لا تحسن ذلك . لضعفها أمام عاطفتها وهواها . ولعدم خبرتها بشئون الرجال وأخلاقهم وأسرارهم . وإنما يحسن ذلك كله وليها الذى يعنيه أمرها كما يعنيها ، ويختار لها ولنفسه عن خبرة بالرجال ومخالطة لهم دون أن يتأثر بهوى أو طيش . ومن هنا كانت الولاية على البكر ولاية إجبار وانفراد لانعدام درايتها (١) ومعرفتها ، أما الثيب — وقد

= المرأة ونسقت بينها وبين قانون الولاية على المال ، بما يحقق مصلحة المرأة ومصلحة أوليائها ، فرأت أن تكون ولاية تزويج الفتاة فيما بين البلوغ وسن الرشد المالى للعصبة بالنفس ، واشترطت اجتماع رأى الولى والمولى عليها ، ورأت صحة العقد اذا باشرته الفتاة بعد رضا الولى ، واذا انفرد أحدهما بالعقد قبل رضا الآخر كان العقد موقوفا على اجازته . فاذا بلغت البنت سن الرشد كان لها أن تزوج نفسها . فاذا كان زواجها بعد الحجر عليها للسفه اعترض وليها المالى على ما نقص من مهر مثلها .

(١) ولا يرضى الفقيه ابن القيم عن هذا . ويعبر عن ذلك بقوله : ان البكر البالغة العاقلة الرشيدة لا يتصرف أبوها فى أقل شىء من ملكها الا برضاها ، ولا يجبرها على اخراج اليسير منه بدون رضاها ، فكيف يجوز أن يزفها ، ويخرج منها نفسها وجسمها بغير رضاها الى من يريده هو . وهى من أكره الناس له ، وهو أبغض شىء اليها ، ومع هذا ينكحها اياه قهرا ويجعلها أسيرة عنده .

خبرت الزواج والأزواج ــ فتكون الولاية عليها ولاية شركة واختيار ، يجبر بها الولى نقصان خبرتها (١) .

---

(١) وقد كان المعمول به فى السودان هو المذهب الحنفى ، حتى حدثت بعض الحوادث التى جعلت المشرع السودانى يعدل عنه ، لما يعطيه للمرأة من حرية فى تولى عقد زواجها ، فأصدر قاضى القضاة المنشور رقم ٣٥ بتاريخ ٢٢ مارس سنة ١٩٥٣ واستقى أحكامه من مذاهب جمهور الفقهاء غير الاحناف . واعتمد بصفة خاصة على أحكام المذهب المالكى .

وقد تضمن هذا المنشور أن الولى للمرأة بشروطه الشرعية شرط لصحة الزواج شرعا ، فلا ينعقد زواج بدون ولى ، وأن العاقدين للزواج هما الولى والزوج أو من يقوم مقامهما (مادة ١) .

وان الاولياء قسمان : أولياء لهم حق الاجبار وهم الأب الرشيد أو وصيه . واولياء ليس لهم ولاية الاجبار وهم من عداهما (مادة ٢) و (مادة ١١) .

وأن للأب الرشيد أن يجبر بنته الصغيرة ولو ثيبا . والبكر البالغ الى ثلاث وثلاثين سنة ، الا لذى عاهة كخصى ومجبوب وعنين ومجنون وأبرص ومجذوم وسائر المعيبين بعيب يرد به الزواج سواء أكانت بكرا حقيقة أو حكما (مادة ٣) .

أما الصغيرة والثيب التى خلت من الزواج بموت أو طلاق ثم بلغت فلا تجبر على الزواج (مادة ٥) .

وكذلك البنت البالغة التى زالت بكارتها بعقد زواج صحيح أو زواج فاسد لا حد فيه ، والبنت البكر التى رشدها أبوها بعد البلوغ بقوله لها : رشدتك أو أطلقت يدك أو نحوه ... لا يملك الأب جبرها (مادة ٦) .

وأن الكبيرة الثيب اذا ظهر فسادها وعجز وليها عن صونها يجبرها أبوها على الزواج ، أما غيره من الاولياء فيرفع أمرها الى القاضى (مادة ٧) .

وفى الفترة التى طبق فيها هذا المنشور من تاريخ اصداره الى الغائه فى ١٩٦٠/٥/٢٨ أساء بعض الاولياء الذين كانت لهم ولاية الاجبار التصرف فى تزويج بعض النساء ، فتدخل المشرع السودانى مرة أخرى ، والغى بعض أحكام المنشور السابق وما الحق به .

=

. . . .

=

واشترط فى تزويج البالغة أن ترضى بالزواج والمهر وأن تأذن فى الزواج وقرر أن من تدعى البلوغ يقبل قولها فى ذلك ما لم يكذبها الظاهر المحسوس .

ولأن الحياء يغلب على البكر اعتبر صمتها رضا بالزواج والمهر ، لأن الحياء يمنعها من القبول لا من الرفض .

واذا كان السكوت قد اعتبر رضا من البكر قبل اتمام عقد الزواج ، فانه لا يعتبر رضا اذا زوجها وليها بغير اذنها ، ثم أخبرها بالعقد فسكتت ولابد من التصريح بالقول ، فاذا لم تقبل فسخ العقد (مادة ٧) لأن السكوت بعد العقد لم يبق قرينة على الرضا ، بل قد يكون استسلاما للأمر الواقع .

ونصت بعد ذلك المادة الثامنة على أن القاصرة اذا خيف فسادها تزوج بعد اذن القاضى اذا كانت قد أتمت عشر سنين ، وكان الزوج كفؤا والمهر مهر المثل ، وكان الجهاز مناسبا .

ويتبين لنا من هذا أن المشرع السودانى قد الغى ولاية الاجبار ، بالنسبة للبالغة العاقلة ، وجعل الولاية فى الزواج ولاية شركة واختيار ، يتولى الولى العقد بعد رضا المرأة واذنها بكرا كانت أو ثيبا ، فان عضلها الولى زوجها القاضى .

الوكالة فى عقد الزواج

٥٥ ـ من المقرر فقهاً أن من ملك تصرفا من التصرفات القابلة للانابة [1] ، كان له الحق فى توليه بنفسه أو توكيل شخص آخر عنه ، وعقد الزواج يقبل الانابة ، فيجوز التوكيل فيه من الرجل ومن المرأة ، كما يجوز للولى أن يوكل غيره فى عقد زواج فاقد الاهلية وناقصها .

والتوكيل فى عقد الزواج لا يشترط لصحته شهادة الشهود ، لأنه أمر خارج عن عقد الزواج نفسه ، ولكن ينبغى الاشهاد عليه لاثباته عند إنكاره ، وروى عن الحسن بن صالح أنه تشترط فيه الشهادة .

والوكالة قد تكون مطلقة وقد تكون مقيدة . والوكالة المطلقة هى التى صدر فيها التوكيل دون تقييد بشخص معين ولا أسرة معينة ولا مهر معين . والوكالة المقيدة هى التى صدرت مقيدة بقيد من هذه القيود السابقة .

أحكام الوكالة المقيدة :

٥٦ ـ وتتلخص أحكام الوكالة المقيدة فى التزام الوكيل بمراعاة الأوصاف والقيود التى طلبها الموكل فى عقد الزواج .

فاذا وكل الرجل شخصا فى أن يتولى تزويجه بفلانة بمهر مقداره كذا . أو قيده فى الزوجة دون المهر . أو بالعكس ، لم ينفذ العقد على الموكل . إلا إذا كان فى حدود ما ذكر من قيود .

فاذا وكله فى تزويجه بفلانة . فزوجه من أختها ، أو وكله فى زواج

---

(١) الشهادة واليمين والقصاص غير قابلة للانابة .

فلانة بمهر مقداره مائة جنيه . فزوجه منها بمهر مقداره مائة وخمسون جنيها ، لم يكن العقد نافذ على الموكل ، وإنما يكون موقوفا على إجازته. فان أجازه نفذ وإلا فلا ، لأن الوكيل الذى يتعدى حدود ما وكل به يكون فضوليا فى ذلك •

والعقد فى حالة زيادة المهر عن القدر الذى ذكره الموكل لا يكون نافذا ، ولو التزم الوكيل بدفع الزائد فى المهر ، لأن تحمل منة التبرع والعطية أمر لا يقبله كل الناس ، وبخاصة فى مهر الزوجة •

أما إذا زوجه بها بمهر أقل مما سماه نفذ العقد عليه ، لأن المخالفة صورية فى هذه الحالة ، فان من يرضى بزواج امرأة بمائة يرضى بثمانين من باب أولى ، فكانت المخالفة إلى خير ، فلا اعتبار لها ، وإذا كان الزوج راغبا فى الزيادة ، فلا مانع يمنعه من ذلك •

وإذا وكلت المرأة شخصاً فى تزويجها من شخص معين ، وبمهر معين ، أو عينت الشخص دون المهر ، أو بالعكس ، لم ينفذ العقد عليها من الوكيل إلا فى حدود القيود التى ذكرتها ، فاذا خالف فى الشخص أو فى المهر توقف نفاذ العقد على إجازتها ، فان أجازته جاز وإلا بطل، إلا إذا كانت المخالفة صورية ، كما إذا زوجها بأكثر من المهر الذى ذكرته ، فان العقد يلزمها حينئذ ، لأن من ترضى بالمهر الأقل ، ترضى بالأكثر من باب أولى • وأمامها إبراء الزوج من الزيادة إن أرادت •

حكم الوكالة المطلقة :

٥٧ — أما الوكالة المطلقة فنبين أحكامها فيما يلى :

إذا وكل الرجل غيره فى أن يزوجه ، ولم يذكر له وصفا من الأوصاف ، ولا قيدا من القيود فى الزوجة أو فى المهر ، بل أطلق

الوكالة وقال له : زوجنى ، فان تزويج الوكيل له بأى امرأة تحل له شرعا وبأى مهر ، يكون نافذا عليه ، عند الامام أبى حنيفة ، سواء أكانت المرأة سليمة من العيوب أم كانت معيبة ، بل أمعن أحد الفقهاء فى تصوير مدى إطلاق الوكالة ، بصورة لا تحدث وقال : إنه لو زوجه بامرأة شوهاء ، فوهاء ، لها لعاب سائل ، وعقل زائل ، وشق مائل ، كان الزواج نافذا على الموكل ، تطبيقا لرأى أبى حنيفة ، لأن الوكالة مطلقة ، والمرأة المطلقة يدخل فيها أية امرأة ، ولو كانت على هذه الصفة .

وقد خالف الصاحبان فى ذلك . ورأيا أن هذه الوكالة المطلقة مقيدة بما جرى به العرف ، وهو يجرى على أن من يستعين برجل فى تزويجه، إنما يركن إليه ويوكله ، ليحسن الاختيار فى المرأة ، وليقدر المهر المناسب، والمعروف عرفاً كالمشروط شرطا ، والثابت بالعرف كالثابت بالنص . وعلى هذا لا ينفذ العقد على الموكل ، إلا إذا كانت المرأة سليمة من العيوب ، ومكافئة للموكل ، وبمهر لا يزيد على مهر مثلها زيادة فاحشة، وهذا هو الراجح ، والمختار للفتوى ، والذى عليه العمل .

وليس للوكيل أن يزوجه بمن هى فى ولايته ، لوجود التهمة فى هذا العقد ، ولأن من يوكل شخصا فى عقد زواجه ، لا يفهم من توكيله أن العقد يكون معه ، بل يكون مع غيره ، ولو كانت للموكل إرادة فى زواج واحدة من هؤلاء لذكر ذلك . ولم يطلق القول .

وليس له أيضا أن يزوجه بمن لا تقبل شهادتهم له من أصول وفروع ، لوجود التهمة أيضا . ولو كان الزواج بالكفء وبمهر المثل . فى رأى أبى حنيفة .

ويرى الصاحبان أنه إذا تحققت الكفاءة ومهر المثل ، نفذ العقد على الموكل ، إذ لا محل للتهمة بتحققهما .

ولو كان الوكيل امرأة لم يكن لها أن تزوجه بنفسها ، لأن مقتضى توكيلها أن العقد على غيرها لا عليها ، ولو كانت هناك إرادة فى ذلك لذكرها الموكل . ولأن التهمة موجودة فى تزويجها له بنفسها .

وإذا وكلت المرأة غيرها فى أن يزوجها توكيلا مطلقا ، بأن قالت له : زوجنى دون أن تعين شخصا أو مهرا ، نفذ عقد الوكيل عليها ، إذا كان الزوج كفئا وكان المهر مهر المثل ، فان كان الزوج غير كفء ، لم يكن العقد نافذا عليها باتفاق بين الامام والصاحبين .

أما الصاحبان فقد جريا على أن الوكالة مقيدة بالكفاءة كما ذكرنا فى توكيل الرجل ، وأما الامام فانه يفرق بين الرجل والمرأة فى ذلك ، ويقيد وكيل المرأة بالتزويج بالكفء ، لتعير المرأة من الزواج بغير الكفء ، بخلاف الرجل فى ذلك .

وإذا زوجها بكفء لها على مهر أقل من مهر المثل ، كان العقد نافذا على المرأة فى رأى أبى حنيفة ، لاطلاق الوكالة ، وموقوفا على إجازتها عند الصاحبين ، لتقيد الوكالة بمهر المثل فى العرف .

٥٨ — والوكيل فى عقد الزواج سفير ومعبر عن إرادة الموكل فقط ، فلا ترجع حقوق العقد إليه . فلا يطالب بالمهر إذا كان وكيلا عن الزوج ، فاذا كفل الوكيل فى المهر طولب به بمقتضى الكفالة لا بمقتضى الوكالة ، ولا يطالب بتسليم الزوجة إذا كان وكيلا عن المرأة ، وتنتهى مهمته باتمام الصيغة ، وليس عليه تنفيذ آثارها .

وليس لوكيل الزوجة أن يقبض مهرها الا بتوكيل خاص في ذلك ، وقد يكون التوكيل صريحا ، كقولها : وكلتك فى عقد زواجى وقبض مهرى، وقد يكون التوكيل بدلالة العرف ، وذلك بالنسبة للاب والجد فى تزويج البكر ، فان العرف قد جرى بقبضهما مهور بناتهما ، ليضيفا إليه من مالهما ما يشترى به جهازها ، ولأنه يكتفى منها بالسكوت نظرا لحيائها.

فان كانت الموكلة ثيبا ، لم يكن للوكيل قبض المهر إلا بتوكيل صريح. كما هو الحكم فى توكيل الزواج نفسه ، لأنها لا تستحى منه بعد ممارستها للحياة الزوجية .

وكذلك إذا كان الوكيل فى عقد زواج البكر غير الأب والجد ، لم يكن له قبض المهر إلا بالتوكيل الصريح ، لعدم جريان العرف بالتوكيل الضمنى بالنسبة لغير الأب والجد ، كالأخ والعم .

الكفـــاءة فى الزواج

٥٩ ـــ الكفاءة شرط فى صحة الزواج عند أبى حنيفة فى رواية الحسن ابن زياد ، إذا كان للبالغة ولى عاصب لم يوافق على الزواج بغير الكفء قبل العقد ، وفى رواية الكتب المعتمدة فى المذهب أنها شرط لزوم فى هذه الحالة بالنسبة للولى ، فيكون له الحق فى طلب فسخه •

وقد تكون شرط لزوم بالنسبة للمرأة إذا حصل تغرير بها من الزوج•

معنى الكفـــــاءة :

٦٠ ـــ والكفاءة فى الزواج (١) هى المماثلة والمساواة بين الزوجين فى أمور مخصوصة ينبنى عليها صلاح الزوجية وسعادتها ، ويترتب على الاخلال بها فشل الحياة الزوجية وعدم استقرارها ، وتعير الزوجة وأوليائها بهذا الزواج •

آراء الفقهاء فى اعتبارها :

٦١ ـــ وقد اختلف الفقهاء فى اعتبار هذه الكفاءة ، فذهب فريق منهم إلى عدم اعتبارها مطلقا (٢) ، لقول الله سبحانه وتعالى : « إن

---

(١) الكفاءة فى اللغة هى المماثلة والمساواة والمناظرة ، والكفء ، هو المثيل والنظير ، يقول الله تعالى عن ذاته العلية : « ولم يكن له كفوا أحد » ويقول الرسول ﷺ : « المسلمون تتكافأ دماؤهم ، ويسعى بذمتهم أدناهم ، وهم يد على من سواهم » .

(٢) يقول الصنعانى : « وللناس فى هذه المسألة عجائب لا تدور على دليل غير الكبرياء والترفع ، ولا اله الا الله ، كم حرمت المؤمنات النكاح ، لكبرياء الاولياء واستعظامهم انفسهم ، اللهم انا نبرأ اليك من شرط ولده الهوى ، ورباه الكبرياء ، ولقد منعت الفاطميات ... ما احل الله لهن من النكاح ... وكل ذلك من غير علم ولا هدى ولا كتاب منير ،
=

أكرمكم عند الله أتقاكم » وقوله عز وجل : « إنما المؤمنون إخوة » وقوله : « فاستجاب لهم ربهم أنى لا أضيع عمل عامل منكم من ذكر أو أنثى ، بعضكم من بعض » وقوله : « والمؤمنون والمؤمنات بعضهم أولياء بعض » ولقول الرسول — ﷺ — : « الناس كلهم ولد آدم ، وآدم من تراب » وقوله — فى خطبته فى حجة الوداع — : « يا أيها الناس ، إن ربكم واحد ، وإن أباكم واحد ، كلكم لآدم ، وآدم من تراب . أكرمكم عند الله أتقاكم ، ليس لعربى فضل على أعجمى إلا بالتقوى » وقوله : « الناس سواسية كأسنان المشط ، لا فضل لعربى على عجمى إلا بالتقوى » وقوله : « أربع من أمور الجاهلية لا يتركها الناس ... » وذكر منها الفخر بالانساب ، وقوله : « إذا جاءكم من ترضون دينه وخلقه فأنكحوه ، إلا تفعلوا تكن فتنة فى الأرض وفساد كبير » .

وقد أمر النبى — ﷺ — بنى بياضة ، بأن يزوجوا مولاهم أبا هند — واسمه يسار — وقال لهم : « يا بنى بياضة ، أنكحوا أبا هند وانكحوا إليه . وقال : « إنما هو امرؤ من المسلمين » وقد كان أبو هند هذا حجاما .

كما أشار — ﷺ — على فاطمة بنت قيس الفهرية بأن تتزوج أسامة بن زيد مولاها ، وزوج أباه زيد بن حارثة من ابنة عمته زينب بنت جحش القرشية . ولما خطب بلال إحدى نساء الأنصار ورفض

=

بل ثبت خلاف ما قالوه عن سيد البشر » سبل السلام جـ ٣ ص ١٤٥ ، وراجع فى ذلك نيل الاوطار جـ ٦ ص ١٠٩ ، وبداية المجتهد جـ ٣ ص ٥ . والمغنى لابن قدامة جـ ٧ ص ٣٧١ .

أولياؤها تزويجها له . قال له — ﷺ — : « قل لهم : إن رسول الله أمركم أن تزوجونى » .

وقد زوج أبو حذيفة بنت أخيه الوليد بن عتبة لمولاه سالم ، وتزوج المقداد بن الأسود — وهو غير قرشى — بضباعة بنت الزبير بن عبد المطلب . وهى قرشية . وتزوج بلال بن رباح هالة أخت عبد الرحمن ابن عوف . وعرض عمر بن الخطاب بنته حفصة على سلمان الفارسى ؛ وقد خطب رجل من الموالى إحدى القرشيات ، وأعطاها مهرا كبيرا ، فأبى أخوها . فبلغ ذلك عمر ، فسأله : ما منعك أن تزوجه ؟ فان له صلاحا ، وقد أحسن عطية أختك . قال القرشى : يا أمير المؤمنين ، إن لنا حسبا ، وإنه ليس بكفء . فقال عمر : لقد جاء بحسب الدنيا والآخرة ، أما حسب الدنيا فالمال ، وأما حسب الآخرة فالتقوى . زوج الرجل إن كانت المرأة راضية . فراجعها أخوها فرضيت ، فزوجها به .

وهذا كله يدل على عدم اعتبار الكفاءة ، لأنه لو كان لها اعتبار ما أمر رسول الله — ﷺ — باتمام هذه الزيجات ، ولا أشار بها ، ولما زوج الصحابة من لا يكافئهم .

ثم إن الكفاءة لو كانت لها اعتبار فى الشرع الاسلامى ، لروعيت فى أمر القصاص ، فلا يقتل شريف بوضيع ، ولكنها لم تعتبر أصلا ، فكان عدم اعتبارها فى الزواج من باب أولى .

ومن هذا الفريق الذى لا يعتبر الكفاءة سفيان الثورى ، ومن فقهاء الاحناف أبو الحسن الكرخى ، وأبو بكر الرازى .

٦٢ — وذهب جمهور الفقهاء إلى اعتبار الكفاءة فى الزواج — على خلاف بينهم فى الأمور التى تعتبر فيها — وذلك لأن عقد الزواج يقصد

به إنشاء أسرة مستقرة منسجمة ومتعاونة . تتوافق فيها مشـــارب الزوجين ونزعاتهما ، ولا يتحقق ذلك إلا بين المتكافئين . ومن أجل هذا يقول الرسول — ﷺ — : « لا تنكحوا النساء إلا من الأكفاء » كما استدلوا بالأحاديث التى ستأتى عند تفصيل الأمور التى تعتبر الكفاءة فيها •

ويقولون : إن ما استدل به الفريق الأول ، لا يشهد لهم ، لأن الآية الكريمة « إن أكرمكم عند الله أتقاكم » يراد بها بيان أســـاس التكريم فى الآخرة . وأن ذلك الأساس هو التقـــوى . فلا ينفع مال ولا بنون ، ولا نسب ولا حسب ، ولا حرفة ولا صناعة •

وأما حديث « الناس كلهم ولد آدم » وحديث « الناس سواسية» فيراد بهما أن الناس متساوون فى حقوقهم وواجباتهم . لا فى درجاتهم ومراتبهم الدنيوية . لأن تفاضلهم فيها أمر واقع وملموس •

وأما الزيجات التى استشهدوا بها . فانها قد تمت برضاء الزوجة ووليها . وليست الكفاءة حقا من حقوق الشارع . أى ليست من النظام العام الذى لا يملك أحد الخروج عليه ، بحسب الاصطلاح القانونى ، وإنما هى حق من حقوق المرأة والولى ، لهما إسقاطه والتنازل عنه ، وهذا ما حدث فى هذه الزيجات •

٦٣ — والقائلون باعتبار الكفاءة واشتراطها فى الزواج ، قد اختلفوا فى الأوصاف التى تعتبر فيها ، فذهب مالك إلى اعتبار الكفاءة فى التدين والتقوى (١) ، استدلالا بالآية الكريمة : « إن أكرمكم عند الله أتقاكم»

---

(١) ويرى ابن القيم اعتبار الكفاءة فيه فقط (زاد المعاد ج ٢ ص ٢٢٦) .

وبحديث الرسول — ﷺ — : « لا فضل لعربى على عجمى إلا بالتقوى» وإلى اعتبارها فى السلامة من العيوب التى لا تمكن معها العشرة الزوجية إلا بضرر . فالرسول يقول : « لا ضرر ولا ضرار » .

وذهب أحمد — فى رواية عنه — إلى اعتبار الكفاءة فى الدين ، وفى المنصب — أى الحسب والنسب . وفى رواية أخرى — إلى اعتبارها فى الحرية . وفى الصناعة . وفى اليسار أيضا (١) .

وذهب الشافعى إلى اعتبار الكفاءة فى الدين فقط فى إحدى الروايات عنه ، وإلى اعتبارها فى الأمور الخمسة التى اعتبرها الامام أحمد ، وزاد عليها السلامة من العيوب المنفرة . ثم زاد بعض متأخرى الفقهاء الشافعية وصفا سابعا ، وهو تساوى الزوجين فى السن أو تقاربهما ، بمعنى أن الشيخ الهرم لا يكون كفئا للفتاة الشابة (٢) .

وأما المذهب الحنفى فقد اعتبر الكفاءة فى أمور سبعة هى :

١ — النسب ٢ — الاسلام ٣ — الحرية ٤ — المال ٥ — الغنى ٦ — التدين والتقوى ٧ — الحرفة (٣) .

---

(١) المغنى لابن قدامة جـ ٧ ص ٣٧٤ .

(٢) وبذلك استأنس المشرع السورى فنص فى المادة ١٩ من قانون الاحوال الشخصية على أنه « اذا كان الخاطبان غير متناسبين سنا ولم يكن مصلحة فى هذا الزواج فللقاضى الا يأذن به » وذلك لما يؤدى اليه التفاوت الفاحش فى السن بين الزوجين من اضطراب الحياة الزوجية والفساد الخلقى (المذكرة الايضاحية) .

(٣) ولم يأخذ مشروع القانون الموحد بمذهب الحنفية ، وانما نص على ان العبرة فى الكفاءة للصلاح فى الدين ولعرف البلد .

اما لجنة المراجعة فقد رات أن التطور الاجتماعى أصبح لا يعتد من بين ما ذكر فقهاء المذهب الحنفى الا بالمعتاد لتكوين القرابات ، ودوام الالفة . وانتظام الاسر ، وأن العناصر الكافية هى :

ونبين كلا منها :

أولا : النسب ، وقد قالوا : إنه معتبر بين العرب دون غيرهم من الأعاجم . فلا يكون غير العربى كفئا للعربية [١] . ولا العربى غير القرشى كفئا للقرشية لما روى عن النبى — ﷺ — أنه قال : « قريش بعضهم أكفاء لبعض . بطن ببطن . والعرب بعضهم أكفاء لبعض ، قبيلة بقبيلة . والموالى بعضهم اكفاء لبعض . رجل برجل » وقوله : « قدموا قريشا ولا تقدموها » [٢] . كما روى أبو إسحاق الهمدانى

=

١ — صلاح الزوج دينا ، ويتناول الاخلاق الفاضلة وبخاصة ما تحتاج اليه الامة فى حياتها السياسية والاجتماعية والاقتصادية .

٢ — التقارب فى الحرفة ، ومعياره العرف العام ، وهذا لا يتعارض مع ما تعمل عليه الدولة من تذويب الفوارق بين الطبقات . وفيه مراعاة للشعور العام .

٣ — والمال ، وتحقق الكفاءة فيه بالقدرة على النفقة ولو من طريق الكسب دون التفات الى المهر ، ولا الى التفاوت فى الغنى واليسار . كما اخذت برأى من لا يعتبرون الكفاءة ، اذا كان الولى غير الاب والجد الصحيح . واستندت الى هذا الرأى بالنسبة للولى الذى يتصف بما اتصف به الزوج او يقرب منه ، وفيما اذا انقضت سنة على العلم بالزواج لأن الاولى هو استقرار الحياة الزوجية فى هذه الحالات .

كما نص مشروع القانون العربى الموحد فى المادة ٢١ على أن تراعى الكفاءة حين العقد ويرجع فى تقديرها الى العرف وان التناسب فى السن بين الزوجين حق للزوجة وحدها .

(١) انظر العقد الفريد جـ ٣ ص ٣٢٠ ، ص ٣٢٤ ، ص ٤٠٣ ، ومنهاج السنة لابن تيمية جـ ٢ ص ٢٦٠ — ٢٦١ لتقف على القول فى فضائل العرب ، وفضل قريش ، وعلى القول بالتسوية بين العرب وغيرهم .

(٢) يرى بعض العلماء انه لم تثبت فى اعتبار الكفاءة فى النسب صحة أى حديث .

أنه قد خرج سلمان وجرير فى سفر . فلما أقيمت الصلاة . قال جرير لسلمان : تقدم أنت . قال سلمان : « بل تقدم أنت ، فانكم معشر العرب لا يتقدم عليكم فى صلاتكم . ولا تنكح نساؤكم ، إن الله فضلكم علينا بمحمد وجعله فيكم » .

وقد استدل بمجموع هذا على اعتبار الكفــاءة فى العروبة وفى القرشية ، وعلى أن غير العرب لا اعتبار للكفاءة بينهم فى النسب ، وذلك راجع إلى ما جرى به عرف العرب دون غيرهم من الاعتزاز بالأنساب والتفاخر بالقبائل والأسر ، والتعير بنسب من هو دونهم فيها .

فاذا جرى عرف غير العرب بمثل هذا الاعتزاز والتفاخر ، وجب إعتبار الكفاءة بينهم كذلك ، وبهذا قال بعض فقهاء الشافعية ، بل روى عن الامام الشافعى نفسه .

ثانيا : الاسلام ، وقد قالوا باعتباره بين الأعاجم فقط ، لجريان العرف فيما بينهم على الافتخار والتباهى بالسبق إلى الاسلام ، وسبق الأجداد والآباء إليه ، ومن ذلك ما يروى أن بعض العرب قد تفاخروا بأنسابهم ، وسلمان الفارسى جالس معهم ، فقال لهم : وأنا ابن الاسلام فلما علم بذلك عمر بكى وقال : « وعمر ابن الاسلام » .

وعلى هذا لا يكون من أسلم وحده دون أن يكون قد سبقه إلى الاسلام أحد من أصوله كفئا لمن لها أب مسلم .

ومن كان مسلما هو وأبوه فقط لم يكن كفئا لمن لها أب وجد مسلمان، وإنما يكون كفئا لمن لها أب فقط .

أما من يكون مسلما وله أب وجد فقط قد أسلما ، فانه يكون مكافئا لمن كان لها لها أجداد أعلون فى الاسلام . وذلك لأن تعريف الانسان وتحديد شخصه ونسبه يكون بذكر الأب والجد الأول فقط . دون أن يذكر أجداده الأعلون . فلم يكن لما زاد على الجد الأول اعتبـــار فى الكفاءة أيضا .

وقد ذهب ابو يوسف إلى أن العبرة فى هذه الكفاءة باسلام الأب فقط . فمن كان أبوه مسلما دون أجداده يكون كفئا لمن لها أجـــداد كثيرون فى الاسلام . لأن تعريف الانسان وتحديد نسبه يكفى فيه ذكر الأب دون حاجة إلى ذكر الجد — فى رأيه — فلم يكن لما بعد الأب اعتبار فى الكفاءة أيضا .

ثالثا : الحرية . والأمر فيها كما قالوا فى شأن الكفاءة بالاسلام . فليست معتبرة إلا عند غير العرب فقط ، وليس لها اعتبار بين العرب الذين لم يجر فيهم الاسترقاق . فمن كان حرا دون آبائه ، لم يكن كفئا للحرة بنت الحر ، ومن كان أبوه حرا فقط لم يكن كفئا لمن كان أبوها وجدها من الأحرار . وإنما يكون كفئا للحرة التى ليس لها فى الحرية إلا أبوها ، أما من يكون حر الأب والجد فقط ، فانه يكون كفئا لمن لها أب وأجداد كثيرون فى الحرية .

ويرى أبو يوسف — كما رأى فى الاسلام — أن حرية الأب كافية فى تحقيق الكفاءة ، ولا عبرة برق الجد .

رابعا : المال ، والكفاءة فيه معتبرة بين العرب وغيرهم . وهى

تتحقق بقدرة الزوج على نفقه زوجته (١) ومهرها المعجل (٢) . فمن لم يكن قادرا على الانفاق لم يكن كفؤا ، ومن لم يكن قادرا علي دفع المهر يكون عاجزا عن تنفيذ أحكام العقد وغير كفء لزوجة يعجز عن دفع مهرها .

خامسا : الغنى واليسار . وهو أمر زائد على الكفاءة المالية التى يكفى فيها القدرة على النفقة والمهر . وتتحقق كفاءة الغنى واليسار بمساواة الزوج لزوجته فى ثرائها أو بالتقارب بينهما فى ذلك ، فمن كان محدود القدرة المالية لم يكن كفئا للزوجة ذات الثراء العريض . واعتبار هذه الكفاءة قد روى عن أبى حنيفة ومحمد ، فان الناس يتفاخرون بيسارهم وثرائهم ، وقد وردت بعض الآثار التى تفيد هذا . ومن ذلك قول النبى — ﷺ — لفاطمه بنت قيس حين أخبرته بخطبة معاوية لها : « أما معاوية فصعلوك لا مال له » وقول السيدة عائشة : « رأيت ذا المال مهيبا ، ورأيت ذا الفقر مهينا » وقولها : « إن أحساب أهل الدنيا بنيت على المال » (٣) . والراجح فى المذهب الحنفى هو عدم

---

(١) وتحقق القدرة على نفقة الزوجة يكون بقدرة الزوج على نفقتها لمدة شهر فى بعض الاقوال ، ولمدة ستة أشهر فى قول آخر ، ولمدة سنة فى قول غير ذلك . وقال بعض الفقهاء : ان القدرة تتحقق باستطاعته الانفاق عليها يوما بيوم ، ان كان من أصحاب الحرف ، وبقدرته على نفقة شهر ان لم يكن من أصحاب الحرف .

(٢) وروى عن أبى يوسف عدم اعتبار قدرة الزوج على المهر لأن العاجز عنه قد يكون قادرا عليه بقدرة الاب أو الجد أو الام أو غيرهم ، ممن جرى عرف الناس بالتزامهم بالمهر عن الزوج .

(٣) لقد نسب هذا المعنى الى الرسول ﷺ بقوله : « ان أحساب الناس بينهم فى هذه الدنيا هذا المال » ذكره ابن قدامة فى المغنى . هذا ولما كانت أقوال الفقهاء فى الكفاءة وفيما تعتبر فيه مبنية على العرف

اعتبار الكفاءة فى الغنى ، لأن المال غاد ورائح . وهو عرض حائل ، وظل زائل . وعارية مستردة . وفقير اليوم قد يكون غنى الغد ، والله يبسط الرزق لمن يشاء من عباده ويقدر . والكفاءة إنما تعتبر فى الاوصاف الملازمة الباقية أو فى الاوصاف التى يكون فى عدم وجودها إخلال بآثار العقد ومقاصده . وليس الغنى منها . والله — سبحانه وتعالى — يقول : « وأنكحوا الأيامى منكم والصالحين من عبادكم وإمائكم . إن يكونوا فقراء يغنهم الله من فضله ، والله واسع عليم » .

سادسا : التدين والتقوى والصلاح . فلا يكون العاصى كفئا للتقية بنت التقى . فان كانت المرأة صالحة وكان ابوها فاسقا . او كانت المرأة فاسقة وكان أبوها صالحا ، كان هذا الفاسق كفئـــا لها . لأن ما يصيب الصالحة من عار الزواج بالفاسق ، لن يكون أكثر من عارها بفسق ابيها . وما يصيبه الصالح من عار زواج بنته من فاسق ، لن يزيد على عاره بفسقها هى .

واعتبار هذه الكفاءة ليس محل اتفاق فى المذهب الحنفى ، والقول بها يسند إلى أبى حنيفة وأبى يوسف فى بعض الروايات ، وإلى محمد فى بعضها الآخر ، وهو الراجح ، وأساس اعتبار الكفاءة فى التدين عند القائلين بها أن صلاح الانسان وتقواه مما يعتز به . لأنه عنوان الرضا والتوفيق ، وأساس سعادة الحياة الزوجية ، وسبب الفلاح فى الدنيا

=
وكانت الكفاءة عند الاطلاق محمولة على المتعارف — كما يقول ابن قدامة — وكانت تفصيلاتها منظورا فيها الى عرف الناس فيما يحقرونه ويعيرون به كما يقول ابن الهمام . نص المشرع السورى فى المادة ٢٨ من قانون الاحوال الشخصية على أن « العبرة فى الكفاءة لعرف البلد » .

والآخرة . وزواج الصالحة بالطالح لا يحقق الانسجام بينهما ، وتعير المرأة وأولياؤها به (١) .

ووجهة النظر عند من لم يعتبرها أن الفسق والعصيان ليسا من الأوصاف الملازمة التى لا تنفك عن صاحبها ، وإنما هو كالفقر والاعسار عرضة للتغير والزوال ، فلا يكون له فى الكفاءة اعتبار .

سابعا : الحرفة والصناعة والوظيفة ، ومقياسها أن يكون للزوج حرفة لا تنزل كثيرا عن مستوى حرفة أبى الزوجة وعلى هذا قالوا : إن الحجام (٢) والكساح والدباغ والزبال لا يكون أحدهم كفئا لبنت صاحب الحرفة العالية أو المنصب الرفيع . وقد اختلف فى اعتبار هذه الكفاءة أيضا ، حيث اعتبرها محمد بن الحسن ، ولم يعتبرها أبو حنيفة، وروى عن أبى يوسف روايتان ، وأساس اعتبارها هو عرف النـــاس وتعيرهم بمصاهرة من يحترف حرفة دنيئة وصنعة حقيرة (٣) ، كما أن

---

(١) ويدل على اعتبار هذه الكفاءة أيضا قوله تعالى : « أفمن كان مؤمنا كمن كان فاسقا ؟ لا يستوون » وان الفاسق مرذول غير مأمون على النفس والمال ، وهو ناقص عند الله وعند الناس (المغنى جـ ٧ ص ٢٧٥).

(٢) ويروى فى ذلك حديث : « العرب بعضهم اكفاء بعض ، والموالى بعضهم اكفاء بعض الا حائكا أو حجاما » وقد سئل أبو حاتم عن هذا الحديث فقال : هذا كذب لا أصل له . أو قال : هو باطل . وقيل : ان أحد الرواة قد زاد فيه بعد أو حجاما : أو دباغا ، فأجتمع عليـــه الدباغون وأرادوا أن يفتكوا به . ويعبر بعضهم عن عدم اعتبار الحرف فى الكفاءة ، وأنها لا تنقص قدر صاحبها بقوله :

وليس على عبـــد تقى نقيصـــــة اذا حقق التقوى وان حاك أو حجم

(٣) وراجع فى تطبيقات الكفاءة فى المال والحرفة حكم محكمـــة الجمالية بتاريخ ١٩٣٠/٩/٦ والمنشور بمجلة المحاماة العدد السابع ص ٦٦٠ السنة الثانية . وقد أشار اليه الاستاذ الدكتور السعيد مصطفى فى رسالته ص ٣٩ والاستاذ صلاح الدين زغو القاضى بمحكمة القاهرة
=

أساس عدم اعتبارها عند الآخرين هو أنها ليست من الصفات التى لا تزول ، وهى كالصحة والمرض عرضة للتغير والزوال .

= فى كتابه (القضاء الجزئى فى مسائل الاحوال الشخصية للمسلمين) ص ٦٣ وجاء به « وبما انه ثبت من الاوراق وشهادة الشهود أن المدعى عليه الثانى — الزوج — تزوج بالمدعى عليها الاولى على صداق قدره ثلاثون جنيها ، بدون علم من والد الزوجة وهى بنت عضو من أعضاء مجلس الشيوخ ، واعمامها اعضاء بمجلس النواب ، وجدها كان عضوا بمجلس الشيوخ ، وقبل ذلك كان عضوا بالجمعية التشريعية ، وان لها ريعا فى وقف يزيد عن ٥٠ جنيها شهريا ، وان والدها يملك نحو ٢٠٠ فدان ، وأن الزوج كان سائقا لسيارة والدها بأجر شهرى قدره أربعة جنيهات ، وانه بقى كذلك الى أن عقد زواجه عليها ، ثم هرب بها من بيت والدها ، وانه فقير ولا مال له ، وان والده فراش بحانوت لبيع الورق ، وان مهر مثلها نحو ٥٠٠ جنيه ، فيكون الزوج المذكور غير كفء لها من جهة المال والحرفة ، ويكون المهر المتعاقد عليه اقل من مهر مثلها بكثير — اما عن عدم الكفاءة من جهة المال فظاهر ، لأن المدعى عليه لا يقدر على نفقة زوجته من حرفته التى كان يزاولها حين العقد ، والآن بعد أن أصبح عاطلا بدون عمل . وأما عن عدم الكفاءة من جهة الحرفة ، فلأن حرفة قيادة السيارات بأجر لا تتناسب مع عضوية مجلس الشيوخ ... ولا يمكن بحال أن يتصور أن الخادم يكون كفؤا لبنت مخدومه ، والمرجع فى الكفـاءة من جهة الحرفة الى العرف . فقد جاء فى حاشية ابن عابدين وفى الفتح أن الموجب هو استنقاص أهل العرف فيدور معه .. ثم تقول المحكمة : « أن ما رآه الفقهاء لا يصطدم بحال من الاحوال مع حق الزوجة فى اختيار زوجها لأنه لا يملك أحد الاعتراض عليها متى وفقت فى اختيارها ، وأنهم ما حدوا من سلطتها الا حرصا على مستقبلها ، ورغبة فى تدعيم حياتها الزوجية ، وايجاد التناسب بينها وبين زوجها ، فاذا أباح الشارع الحكيم للعاصب أن يتقدم للقاضى معترضا على الزواج بغير كفء أو بأقل من مهر المثل ، فانه لا يكون قد حاد على الجادة ، او رمى الى فكرة استبدادية وانما يكون قد نظر الى المصلحة ، وعلم أن المرأة تستغوى ، وتذهب ضحية سذاجتها وتصديقها الوعود التى يتقدم بها الرجل ، حتى اذا ما اختارته وعرفت أمره ، ورجعت الى الروابط العائلية ، وادركت انها لا تستطيع =

الكفاءة تعتبر فى الرجل :

٦٢ — الأصل أن الكفاءة تعتبر فى جانب الزوج فقط ، ولا اعتبار لها فى جانب الزوجة ، فاذا كان الزوج دون زوجته ، لم يكن كفئا لها على ما بيناه فيما سبق ، أما إذا كانت الزوجة دون زوجها فانه لا اعتبار لذلك .

وإنما اعتبرت الكفاءة فى الزوج دون الزوجة ، لأن النصوص التى وردت فى هذا الشأن لم تتعرض ألا للكفاءة فى الزوج ، ولأن العرف قد جرى بين الناس على أن الزوج وأسرته لا يعيران بزواج امرأة دونه فى المنزلة والدرجة ، وذلك أن زواجه بها يرفع من شأنها ، ويعلى من قدرها ، أما الزوجة فانها لا ترفع قدر زوجها ، بل تنزل هى إلى مستواه ، لأنه المتبوع وهى التابع ، وفى ذلك حط من مقامها ومركزها ومقام أسرتها . والرسول — ﷺ — يقول : « النكاح رق . فلينظر أحدكم أين يضع كريمته » . ثم أن الرجل له حق الطلاق يتولاه بنفسه ، فاذا أساء اختيار زوجته استطاع أن يخرج من سوء اختياره بالطلاق ، وأن يستبدل الرفيعة بالوضيعة ، وليست المرأة كذلك .

وإذا كان هذا هو الأصل فى اعتبار الكفاءة ، فانها تعتبر أيضا الزوج فى جانب الزوجة فى حالتين :

=
الانفكاك عنها ، ندمت على ما فعلت ، وحاولت الخلاص من هذا الزواج ... وقد وكلت هذه الزوجة عمها ليقرر للمحكمة عدم رضائها عن هذا الزواج ، ورغبتها فى الخلاص منه ، وذلك بعد أن رجعت الى اهلها ، وقارنت بين مقامها فيهم ومقامها مع زوجها » ثم راجع فى تطبيقات الكفاءة فى النسب والاسلام والحرفة والمال والغنى حكم محكمة مصر الشرعية بتاريخ ١٩٠٤/٨/١١ فى قضية مشهورة (القضاء الجزئى) ص ٥٨ .

أولاهما : إذا زوج فاقد الأهلية أو ناقصها ولى غير الأب والجد والابن المعروفين بحسن الرأى والاختيار . فلن العقد لا يكون صحيحا إلا إذا تحققت كفاءة الزوجة •

ثانيتهما : إذا كانت الوكالة فى الزواج وكالة مطلقة ، فان العقد لا يكون نافذا على الموكل عند الصاحبين إلا إذا زوجه الوكيل بامرأة مكافئة له •

واعتبار الكفاءة فى هاتين الحالتين ، ليس مرجعه أن الكفاءة معتبرة فى جانب الزوجة ، وإنما اعتبرت فى الحالة الأولى ، لأن الولى المزوج ليس وافر الشفقة ، أو ليس حسن الاختيار ، فكان لابد من تقييد تزويجه بالمصلحة الظاهرة المرتبطة بتحقيق الكفاءة فى الزوجة •

وكان اعتبارها فى الحالة الثانية ، لأن الوكالة — وإن كانت مطلقة — قد قيدها العرف ، فان من يستعين فى زواجه بوكيل ، إنما يلجأ إليه لثقته فيه وحسن ظنه فى اختياره ، فكان عقد زواجه نافذا على الموكل ، إذا ما زوجه بالمكافئة له ، دون من تنزل عن مستواه •

وننبه إلى الفرق بين هاتين الحالتين فى اعتبار الكفاءة بينهما . فانها فى الحالة الأولى شرط لصحة الزواج ، فاذا فقدت الكفاءة ، كان عقد الزواج غير صحيح . أما فى حالة الوكالة المطلقة . فانها شرط نفاذ لا شرط صحة . فاذا تخلفت الكفاءة كان عقد الزواج مع ذلك صحيحا . ولكنه غير نافذ على الموكل بل موقوف على اجازته . ان أجازه نفذ . وإن رده بطل •

الوقت الذى تعتبر فيه الكفاءة :

٦٣ — الكفاءة معتبرة وقت إنشاء العقد فقط . ولا عبرة بتخلفها بعد ذلك ، فمن كان صاحب مال ويسار وقت العقد عند القائلين بكفاءة اليسار ، ثم ضاقت بعد ذلك موارد رزقه ، ومن كان تقيا متدينا وقت إنشاء العقد ، ثم أغواه الشيطان ففسق عن أمر ربه بعد ذلك ، ومن كان ذا وظيفة رفيعة وقت الزواج ، ثم تغيرت حاله فانتقل بعد ذلك لحرفة دنيئة ، وغير ذلك من الصور ، لا اعتبار لما يطرأ فيها بعد العقد، وليس للزوجة ولا لأوليائها حق الفسخ بسبب هذه الأقدار الطارئة ، لأنه لا عار فى ذلك فى عرف الناس ، بل يكون العار فى التخلى عن الزوج حينئذ ، لأن من مكارم الأخلاق وحسن الوفاء الصبر على قضاء الله والرضا بقدره .

صاحب الحق فى الكفاءة :

٦٤ — الكفاءة حق للمرأة ، وحق لوليها ، فلو أسقط أحد منهما حقه لم يسقط حق الآخر .

والولى الذى له حق الاعتراض على العقد عند عدم توافر الكفاءة ، هو الولى العاصب القريب ، وليس لمن يليه مرتبة حق فى ذلك (١) ، فاذا رضى الولى القريب بالعقد ، لم يكن لأحد من عصبتها الاعتراض، لعدم ثبوت الحق له ، كما إذا أجاز الأب العقد ، فان الأخ ليس له حق الاعتراض .

---

(١) وهذا رأى أصحاب الشافعى ، وقال احمد — فى رواية — : « انها حق لجميع الاولياء : قريبهم وبعيدهم » ، وفى الرواية الاخرى عنه : انها حق لله فلا يصح رضاهم بإسقاطه ، وهذه الرواية انما تكون على أساس اعتبار الكفاءة فى الدين فقط . انظر زاد المعاد جـ ٢ ص ٢٢٧ .

وإذا كان للمرأة أولياء فى درجة واحدة كأعمام أشقاء أو إخوة أشقاء ، فأجاز بعضهم العقد ورضى بالزواج ، ولم يرض الآخرون . لم يكن لهم حق الاعتراض عند أبى حنيفة ومحمد ، لأن رضا أحدهم يعتبر رضا من الباقين ، فان الحق ثابت لهم جميعا ، وهو حق لا يقبل التجزئة ، فكان كحق العفو عن القصاص ، إذا قام به أحد الاولياء سقط حق الباقين فيه ، ولأنه إذا قام أحد الأولياء بتزويج المرأة من كفء لها ، لم يكن لغيره ممن فى درجته أن يزوجها بعد ذلك ، وقد رأى أحد الأولياء هنا كفاءة الزوج وأجاز العقد ، فليس لغيره حق بعد ذلك ، على أن رضا أحد هؤلاء الأولياء دليل على أنه لا عار فى هذا الزواج ، أو على أن الزوج كفء ، وأن باقى الأوليـــاء مبالغـــون فى مقيـــاس الكفاءة لهم .

وذهب أبو يوسف وزفر إلى أن رضا أحـــد الأولياء المتساوين لا يسقط حق الباقين ، لأن الكفاءة حق لكل منهم على حدة ، فاذا أسقط أحدهم حقه بقى حق الباقين .

ونظير ذلك الدين المشترك المستحق لجماعة ، لا يكون فى إبراء أحدهم عن نصيبه إسقاط لحق باقيهم ، ولأن المرأة وهى صاحبة الشأن الأول فى الزواج ، لو أسقطت حقها فى الكفاءة ، لم يسقط حق أوليائها فكان من الأولى ألا يسقط حق بعض الأولياء برضاء بعضهم .

والراجح هو الرأى الأول الذى ذهب إليه الطرفان : أبو حنيفة ومحمد ، لأن رضا الزوجة بالزوج وانضمام بعض أوليائها إلى رأيها ، فيه دلالة على أن فى هذا الزواج كفاءة أو مصلحة ترجح اعتبار الكفاءة.

٦٥ — وقد انبنى على أن الكفاءة حق للمرأة ، وحق للأولياء ، الحكم فى المسائل الآتية :

١ — أن المرأة البالغة العاقلة إذا زوجت نفسها من غير كفء كان الزواج غير صحيح (١) فى رواية الحسن بن زياد عن أبى حنيفة ، وكان صحيحا نافـذا غير لازم للولى ، فى الروايات المشـهورة (٢) فى المذهب .

٢ — إذا زوجت المرأة نفسها من شخص مجهول لها ، ولم يدع نسبا غير نسبه ، ثم ظهر بعد ذلك أنه غير كفء لها لم يكن لها حق فى فسخ العقد . لاسقاطها حقها بتقصيرها ، ولكن حق الأولياء يكون باقيا . أما إذا غرها وأخبرها بكفاءته ، أو إذا اشترطت عليه الكفاءة ثم تبين بعد ذلك عدم كفاءته ، كان لها ولأوليائها حق الفسخ (٣) .

٣ — إذا زوج المرأة وليها بزوج غير كفء لها ، فان الزواج يكون موقوفا على إجازتها ، وإسقاطه حقه فى الكفاءة لا يسقط حقها .

٦٦ — ونختم الكلام فى الكفاءة ببيان أن اشتراطها عند القائلين بها ، وإعطاء حق الاعتراض على الزوج غير الكفء ، لكل من المرأة

---

(١) ويرى بعض الفقهاء رجحان هذه الرواية فيقول : « كم من واقع لا يرفع ، وليس كل ولى يحسن المرافعة والخصومة ، ولا كل قاض يعدل ولو أحسن الولى وعدل القاضى ، فقد يترك أنفة من التردد على ابواب الحكام ، واستثقالا للخصومات ، فيتقرر الضرر » .

(٢) ويروى عن محمد ان تخلف الكفاءة يجعل العقد صحيحا غير نافذ . أى يكون موقوفا على اجازة الولى .

(٣) وقد روى عن الامام الشافعى روايتان ، فيمن تزوجت برجل انتسب الى غير نسبه ، ثم ظهر لها حقيقة امره ، وكان نسبها فوق نسبه : احداهما ان النكاح مفسوخ ، والاخرى ان للزوجة الخيار (انظر الام جـ ٥ ص ٧٤) .

والولى ، لا يتناقض عندهم مع مبدأ الاسلام فى المساواة بين الناس : غنيهم وفقيرهم ، شريفهم ووضيعهم ، لأن هذه المساواة — كما سبق — إنما تكون فى الحقوق والواجبات واستحقاق العقوبات ، أما المساواة فى الدرجات والمراتب الدنيوية والجاه والمال فليس مقصودا للاسلام، لأن واقع الحياة لا يتفق معه ولا يتسع له ، فالناس متفاوتون فى ذلك كما نرى ، فى جميع البلاد والأزمنة وتحت ظل أى نظـام ، والله سبحانه وتعالى يقول : « والله فضل بعضكم على بعض فى الرزق » ويقول : « نحن قسمنا بينهم معيشتهم فى الحياة الدنيا ، ورفعنا بعضهم فوق بعض درجات » •

آثار الزواج

٦٧ — بينا فيما سبق أن عقد الزواج إما أن يكون صحيحا ، وإما أن يكون غير صحيح ، وأن الصحيح إما أن يكون موقوفا وإما أن يكون نافذا ، وأن النافذ قد يكون لازما وقد يكون غير لازم .

وكذلك غير الصحيح إما أن يكون باطلا وإما أن يكون فاسدا .

وعقد الزواج الذى تترتب عليه الآثار الشرعية هو العقد الصحيح، أما غيره فلا يترتب عليه أثر فى الأصل ، ولكن إذا بنى عليه العاقدان علاقة بينهما ، تولى الشارع تنظيم آثارها باعتبارها أمرا قد وقع ، وإن كان على غير مقتضى الشرع ، ونظير هذا أن عقد البيع الفاسد لا يترتب عليه نقل الملكية ، ولكن إذا تسلم المشترى المبيع وتصرف فيه أو استهلكه ، فان الشارع يثبت الملكية فيه للمشترى تسليما بالأمر الواقع الذى لا سبيل إلى رفعه .

ونبين حكم كل نوع من هذه الأنواع فيما يأتى :

حكم الزواج الباطل (١)

٦٨ — والعقد الباطل كما عرفنا لا وجود له ، لعدم توافر شروط انعقاده ، ولهذا لا يترتب عليه أى أثر من آثار عقد الزواج الصحيح، فلا يحل للرجل الدخول بالمرأة ، وليس له طاعة عليها ، وليس لها مهر ولا نفقة عليه ، ولا توارث بينهما ولا حرمة مصاهرة .

---

(١) المراد بالحكم هنا هو الاثر الشرعى الذى يترتب على العقد .

فاذا حدث دخول بالمرأة رغم ذلك ، وجبت الحيلولة بينهما ، فان نفرقا كان بها ، وإلا فرق القاضى بينهما جبرا • ولكل مسلم الحق فى رفع دعوى التفريق بينهما حسبة لله (١) ، بل يجب عليه ذلك إلا إذا قام به غيره ، ويجب إقامة حد الزنا عليهما إن كانا عاقلين وعالمين بالتحريم ، ولا يجب للزوجة مهر ولا نفقة ، ولا تجب عليها العدة الشرعية بعد التفريق ، ولا يثبت لولدها نسب ، وذلك عند الصاحبين•

أما أبو حنيفة فيرى أن وجود صورة العقد شبهة تمنع اقامة الحد، لأن الحدود تدرأ بالشبهات • ولكن يجب التعزير، أى المعاقبة بأقوى أنواع التعزير والعقاب غير الحد . وإذا امتنع الحد وجب للمرأة مهر المثل مهما بلغ . لأن دخول الرجل بالمرأة لا يخلو من أحد أمرين : الحد أو المهر . ولكن لا تجب على المرأة العدة الشرعية ، ولا يثبت لولدها نسب فى بعض الروايات عنه ، وفى بعضها الآخر أن النسب يثبت ، مراعاة لحق الولد ومصلحته •

ويترتب على الدخول حرمة المصاهرة ، باتفاق أبى حنيفة وأصحابه، لأن حرمة المصاهرة تثبت فى المذهب الحنفى بمحض الزنى •

---

(١) وقد أصدرت وزارة العدل فى مصر منشورا رقم ٣٥ فى سنة ١٩١٨ بشأن دعاوى التفريق حسبة ، وقد جاء فيه : « اعلانات التفريق بين الزوجين بطريق الحسبة ، يجب أن تحال بمجرد تقديمها الى المحكمة على الوزارة ، لتقوم بعمل التحريات التمهيدية اللازمة ، ثم تعاد الاعلانات الى المحكمة مرفقة بأوراق التحريات ، لتستعين بها المحكمة فى تقدير النزاع المطروح امامها حق قدره ، وفهمه على حقيقته ، من أن هذه الدعاوى يراد بها حقيقة دفع المنكر ، أو لا يراد منها الا التشهير بالغير أو الانتقام منه أو غير ذلك من المقاصد التى لا تتفق مع مشروعية الحسبة، كالتحايل لاعادة النظر فى قضية طلاق سبق الفصل فيها بين الزوجين .

حكم الزواج الفاسد

٦٩ — وعقد الزواج الفاسد لم تتوافر فيه شروط الصحة ، فيكون غير صالح لترتب الآثار الشرعية عليه . ولكن لما كان فساد العقد لا يرجع إلى أركانه وشروطه الاساسية ، بل إلى شروطه المكملة ، وبعبارة أخرى لما كان الفساد يرجع إلى وصف العقد لا إلى أصله ، فقد اتفق أئمة المذهب الحنفى على أن الدخول الحقيقى فى العقد الفاسد تترتب عليه بعض الآثار ، لأن الدخول فيه دخول بشبهة قوية تكفى لدرء الحد، وإذا امتنع الحد وجب المهر ، والمهر الذى يجب هنا هو الأقل من المسمى ومهر المثل ، خلافا لزفر الذى يوجب مهر المثل بالغا ما بلغ ، لأنه لا اعتبار عنده للتسمية فى العقد الفاسد .

ويثبت نسب الولد الذى تأتى به المرأة من هذا الدخول ، وتجب عليها العدة بعد التفريق بينهما ، ثم لا يثبت غير ذلك من الأحكام ، فلا نفقة ، ولا طاعة ، ولا توارث .

حكم الزواج الموقوف

٧٠ — حكم الزواج الموقوف عقد توافرت فيه شروط الصحة ، فيكون صحيحا صالحا لترتب الآثار الشرعية عليه ، ولكن لم تتحقق شروط نفاذه ، فلا يكون نافذا ولا تترتب عليه الآثار بالفعل الا اذا أجازه من يملك الاجازة باختلاف الأحوال .

والعقد قبلها صحيح موقوف ، لا يترتب عليه أى أثر من آثار عقد الزواج الصحيح النافذ .

فقبل الاجازة لا يحل للرجل الدخول بالمرأة ، وإذا ما حصل دخول قبلها ، فاما أن تحصل الاجازة بعد ذلك وإما ألا تحصل ، فاذا

تحققت الاجازة اعتبر الدخول فى عقد صحيح نافذ ، لأن الاجازة اللاحقة يظهر أثرها فى نفاذ العقد وترتب الآثار عليه من وقت إنشائه أى يكون لها أثر رجعى من تاريخ العقد .

وإذا لم تحدث الاجازة ممن يملكها انقلب العقد باطلا ، ويكون الدخول فى هذه الحالة — وقد كان قبل الرفض — دخولا بشبهة قوية هى حصول العقد الصحيح ، وإذا تحققت الشبهة امتنع وجوب الحد . وإذا امتنع الحد وجب المهر ، ثم يثبت النسب ، وتلزم العدة بعد التفريق . ولا يترتب عليه أى أثر آخر غير ذلك . لأن حكمه حينئذ هو حكم الزواج الفاسد الذى سبق بيانه .

أما إذا حصل الدخول بعد الرفض وعدم الاجازة وانقلاب العقد باطلا ، فانه لا تكون هناك شبهة تمنع حدا ، فيجب الحد ، ولا يترتب على هذا الدخول أى أثر من آثار الزوجية الصحيحة .

حكم الزواج غير اللازم

٧١ — ولما كان عقد الزواج غير اللازم عقدا قد استوفى شروط صحته ، وشروط نفاذه ، فان جميع الآثار تترتب عليه ، ولا فرق بينه وبين عقد الزواج اللازم الذى سنبين آثاره فيما بعد ، إلا فى أن حق الفسخ لمن يملكه ثابت فى عقد الزواج غير اللازم دون عقد الزواج اللازم .

فيحل للرجل الدخول بزوجته ، وتجب عليها طاعته ، ويجب لها المهر والنفقة ، وإذا مات أحدهما قبل الفسخ ورثه الآخر ، ولو كان الموت بعد طلب الفسخ من القضاء ، وتترتب على العقد حرمة المصاهرة فى الحالة التى يكفى فيها مجرد العقد فى التحريم ، كزواج الأم بعد

العقد على البنت . فلا يحل لمن عقد على امرأة عقدا غير لازم أن يتزوج بأمها إذا فسخ عقده على البنت قبل الدخول بها •

والحكم هنا يختلف عن الحكم فيما إذا كان عقد الزواج على البنت عقدا موقوفا لم يجزه صاحب الشأن فى الاجازة . فان الزواج بالأم فى هذه الحالة يكون جائزا ، لأن العقد الموقوف لا تترتب عليه الآثار فعلا إلا بالاجازة ، ولم تحصل ، بخلاف عقد الزواج النافذ غير اللازم، فان آثاره تترتب عليه فورا بمجرد الانشاء ، ومن الآثار حرمة المصاهرة •

وفسخ العقد غير اللازم قد يكون قبل الدخول وقد يكون بعده • فاذا كان قبل الدخول الحقيقى والحكمى ، لم يجب للزوجة شىء من المهر ، لأن العقد قد انهدم من أساسه بعد أن تم وجوده ، ولم يحدث ما يؤكد وجوب المهر ، وهذا الحكم ثابت سواء أكان الفسخ من قبل الزوج أو من قبل الزوجة •

وإذا كان الفسخ بعد الدخول أو الخلوة الصحيحة وجب للزوجة المهر كاملا ، ووجب عليها العدة بعد المفارقة ، ووجبت لها نفقة العدة، وثبت نسب ولدها منه ، إلى غير ذلك من أحكام عقد الزواج الصحيح•

حكم الزواج اللازم

٧٢ — وعقد الزواج اللازم هو العقد الذى توافرت له شروط الصحة والنفاذ واللزوم ، فكان عقدا تاما ، ولهذا ترتبت عليه جميع الآثار ، ويجب بمقتضاه لكل من الزوجين حقوق على الآخر ، يشترك الزوجان فى بعضها ، وينفرد كل منهما بحقوق خاصة •

أما الحقوق المشتركة فهى :

أولا : حق العشرة الزوجية واستمتاع كل منهما بالآخر • ما لم يوجد مانع شرعى كالحيض الذى يقول الله تعالى فيه : « ويسألونك عن المحيض قل هو أذى ، فاعتزلوا النساء فى المحيض ، ولا تقربوهن حتى يطهرن . فاذا تطهرن فأتوهن من حيث أمركم الله » •

ثانيا : حرمة المصاهرة ، ومعناها حرمة أصول الزوج وفروعه على الزوجة ، وحرمة أصول الزوجة وفروعها على الزوج . على الوجه الذى بيناه فى المحرمات •

ثالثا : ثبوت نسب أولادهما •

رابعا : التوارث بينهما . فاذا مات أحدهما والزوجية قائمة حقيقة أو حكما ورثه الآخر . ما لم يوجد مانع من موانع الارث ، كاختلاف الدين . فانه يمنع التوارث بين المسلم وزوجته الكتابية ، وكقتل أحدهما للآخر قتلا مانعا من الارث ، ولا يشترط فى الميراث الدخول ، فلو مات أحدهما بعد العقد وقبل الدخول ورثه الآخر •

خامسا : معاشرة كل منهما للآخر بالمعروف ، حتى تكون بينهما المودة والرحمة التى جعلها الله بين الزوجين • يقول الله تعالى : « وعاشروهن بالمعروف ، فان كرهتموهن فعسى أن تكرهوا شيئا ويجعل الله فيه خيرا كثيرا » ويقول سبحانه : « ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجا ، لتسكنوا إليها ، وجعل بينكم مودة ورحمة » •

حقوق الزوج على الزوجة :

٧٣ — أما حقوق الزوج على الزوجة فهى :

أولا : أن تطيعه فى كل ما يتعلق بالحياة الزوجية ، باعتباره رأس الاسرة ورئيسها . وله بمقتضى هذه الرياسة إذا ما خرجت عن طاعته أن يتولى تعليمها وتوجيهها ومحاسبتها .

وإعطاء الرجل هذا الحق أمر طبيعى مادام هو القائم على أمر الأسرة ، وراعيها ، والمكلف بأداء نفقاتها المالية ، وكل رئيس لابد له من سلطة تمكنه من أداء عمله ، وفى حدود المصلحة . وارتفاع درجة الرجل عن درجة المرأة فى ماضى الحياة وحاضرها أمر واضح وملموس ، لما زودته به الفطرة الالهية من أوصاف ومزايا خاصة ليست موجودة عند المرأة ، ولها مزاياها الأخرى التى تنفرد بها . والله سبحانه وتعالى يقول فى ذلك : « الرجال قوامون على النساء بما فضل الله بعضهم على بعض ، وبما أنفقوا من أموالهم » ويقول : « ولهن مثل الذى عليهن بالمعروف ، وللرجال عليهن درجة » .

فللزوج أن يعظ الزوجة بالحكمة والموعظة الحسنة ، وينبهها إلى واجبها الزوجى ، فان لم تجد الموعظة الحسنة هجرها فى المضجع إنذارا لها وتنبيها إلى خطورة الأمر وسوء المصير إذا ما استمرت فى عصيانها ، فاذا لم يجد الهجر وكانت ممن يعالجه الضرب كان له أن يضربها ضربا خفيفا لا يؤذيها (١) ولا يشينها ، بدل أن يسارع إلى

---

(١) ويستدل بعض الفقهاء على جواز ضرب الزوجة أيضا عند وجود دواعيه بقوله تعالى لنبيه ايوب : « وخذ بيدك ضغثا فاضرب به ولا تحنث » ويقول ابو بكر الجصاص : فى هذه الآية دلالة على ان للزوج أن يضرب امراته تاديبا ، لولا ذلك لم يكن ايوب ليحلف عليه ويضربها ، ولما أمر الله تعالى بضربها بعد حلفه .. روى ان رجلا لطم امراته على عهد الرسول — ﷺ — فاراد اهلها القصاص فانزل الله : « الرجال قوامون على النساء ... » (احكام القرآن للجصاص جـ ٣ ص ٤٧٣) وراجع حجة الله البالغة للدهلوى جـ ٢ ص ١٠٢ .

طلاقها وقطع رابطة الزوجية بينهما . والضرب الخفيف حينئذ وعند مقتضياته أهون الأمرين .

وقد وردت هذه الوسائل التأديبية فى قول الله تعالى : « واللائى تخافون نشوزهن فعظوهن . واهجروهن فى المضاجع ، واضربوهن (١) ، فان أطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلا ، إن الله كان عليا كبيرا » ومعنى هذا أن يستعمل الرجل فى علاج نشوز زوجته وعصيانها ما يراه ملائما لحالتها ومستواها ، وهذا أهون وأيسر من شكواها إلى أهلها أو إلى

---

(١) ويشترط فى الضرب الا يكون مبرحا أى شديدا ولا شائنا ، ويقول الرسول — ﷺ — فى هذا : « استوصوا بالنساء خيرا ، فانما هن عوان عندكم ، ليس تملكون منهن شيئا غير ذلك ، الا أن يأتين بفاحشة مبينة . فان فعلن فاهجروهن فى المضاجع واضربوهن ضربا غير مبرح ، فان أطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلا » وعن معاوية القشيرى أن النبى — ﷺ — سأله رجل : ما حق المرأة على الزوج ؟ قال : تطعمها اذا طعمت ، وتكسوها اذا اكتسيت ، ولا تضرب الوجه ولا تقبح . ولا تهجر الا فى البيت ، ويروى أن النبى — ﷺ — كان قد نهى عن ضرب النساء بقوله . « لا تضربوا اماء الله » فجاء عمر وقال : ذئر النساء — اى نشزن وعصين فاذن الرسول فى الضرب الخفيف ، اذا دعت اليه مصلحة الحياة الزوجية واستقرارها .

ويقول الشافعى : ومحل ذلك أن يضربها تأديبا اذا رأى منها ما يكره فيما يجب عليها فيه طاعته ، فاذا اكتفى بالتهديد ونحوه كان أفضل ، وكلما أمكن الوصول الى الغرض بالايهام والوعيد لا يعدل الى الفعل ، لما فى وقوع ذلك من النفرة المضادة لحسن المعاشرة المطلوبة . وتقول السيدة عائشة : « ما ضرب رسول الله امرأة له ولا خادما قط ، ولا ضرب بيده شيئا قط الا فى سبيل الله أو أن تنتهك محارم الله » ويقول — ﷺ — : « لا يجلد أحدكم امرأته جلد العبد » .

وننتهى من هذا الى أن الضرب خاص بنوع من النساء قد يوجد فى بعض المجتمعات ، ولا يجدى فى علاجه تنبيه ولا وعيد ولا هجر ، والشريعة الاسلامية شريعة عامة للناس جميعا وخالدة على الزمن ، فكان من الحكمة ان تراعى فى تشريعها جميع الظروف والبيئات والاحوال .

القضاء ، فليس كل ما يدور بين الزوجين فى حياتهما الزوجية الخاصة والخفية يمكن التصريح به والتحدث فيه ولو إلى أقرب الناس ، كما لا يسهل إقامة البينة عليه .

فاذا ما أساء الزوج استعمال حقه فى التأديب ، كان من حقها أن ترفع الأمر إلى القضـــاء ليتولى زجره وتعزيره (١) ، ويقتصر سلطان القضـــاء على ذلك فى المذهب الحنفى ، ولكن المذهب المالكى يعطيه أكثر من هذا ويجعل له الحق فى التفريق بينهما إذا كان يسىء اليها إساءة لا تحتمل بين أمثالهما .

٧٤ — وطاعة الزوجة لزوجها إنما تكون واجبة عليها إذا كان قد أوفاها معجل صداقها ، وكان أمينا على نفسها وعلى مالها ، وإذا أعد لها مسكنا لائقا غير مشغول بسكنى غيره ولو كان من أهله ، ففى هذه الحالة يجب عليها القرار فى بيت الزوجية ، لتؤدى رسالة الزوجة فى المنزل ، ولا يكون لها الحق فى الخروج من مسكن الزوجية الا باذن الزوج ، فان لم يأذن لها لم يكن لها الخروج الا لمسوغ شرعى : كأداء فريضة الحج التى وجبت عليها ، وكزيارة أبويها وأقاربها المحارم .

---

(١) راجع حكم محكمة تــلا الشرعية الصـــادر فى ١٩٣٠/٤/١٣ والمنشور بمجلة المحاماة الشرعية س ١ ص ٩١١ ، والمشار اليه برسالة الاستاذ الدكتور السعيد مصطفى ص ١٩٣ ، وقد قضت فيه بمنع الزوج من تنفيذ حكم الطاعة على زوجته زمنا تعزيرا له وزجرا استنادا الى أن التعزير ليس فيه عقوبة معينة ، والرأى فيه موكول الى القاضى . وراجع حكما مخالفا لهذا صدر من محكمة منوف فى ١٩٤٤/٣/٢٨ ونشر بمجلة المحاماة س ٢١ ص ٣٧٧ ، حيث ذهبت فيه المحكمة الى أن ضرب الزوج لزوجته ضربا فاحشا فى التــأديب يقتضى تعزيره ، وليس من التعزير الحيلولة بين الزوج وزوجته فى المعاشرة الزوجية ، والى ان القول بغير هذا يؤدى الى عدم تنفيذ عقد الزواج ، والاخذ بالانفصال الجثمانى ، ومنع ولاية الزوج على زوجته مع قيام النكاح .

وقد ذكر بعض الفقهاء أن زيارة الأبوين تكون أسبوعيا ، وأن زيارة المحارم تكون سنويا .

والواقع أن هذا أمر مرجعه إلى العرف والمألوف بين الناس(١) .

ثم إنه إذا كان أحد والديها مريضا وفى حاجة إليها كان لها الحق فى أن تقوم على رعايته وخدمته ، وإن لم يأذن لها زوجها ، ولا يعد ذلك خروجا عن طاعته .

٧٥ — وقد كان العمل يجرى على أن المرأة إذا امتنعت عن طاعة زوجها ودخول بيت الزوجية الذى استوفى شرائطه بدون حق شرعى، أجبرت على ذلك ونفذ عليها حكم الطاعة جبرا وقهرا عن طريق السلطة التنفيذية (٢) ، على أساس أنها ممتنعة عن القيام بواجب ألزمت نفسها به بمقتضى عقد الزواج ، وليس لها عذر شرعى . وقد رأى كثير من الفقهاء أن هذا التنفيذ الجبرى لا ترجى منه فائدة ، فان مثل هذه المرأة التى تجبر على طاعة زوجها ، لن تقوم بواجبات الزوجية لرجل لا سبيل له عليها إلا عن طريق القوة الجبرية ، وإن حياة هذه الاسرة تكون دائما فى شقاق واضطراب ، فضلا عما فى تنفيذ حكم الطاعة

---

(١) ولهذا جاء فى مشروع القانون الموحد (يجوز للزوجة ان تخرج من البيت للحاجات التى تستدعى خروجها وللامور والزيارات المشروعة المتعارفة) .

(٢) وقد جاء ذلك فى المادة ٣٤٥ من المرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ المشتمل على لائحة ترتيب المحاكم الشرعية والاجراءات المتعلقة بها، حيث نصت على أن « تنفيذ الحكم بالطاعة وحفظ الولد عند محرمة والتفريق بين الزوجين ونحو ذلك مما يتعلق بالاحوال الشخصية يكون قهرا ولو ادى الى استعمال القوة ودخول المنازل ... » .

بهذه الوسيلة من إهانة للمرأة وإذلال لنفسها ، ورأوا الاكتفاء باسقاط نفقتها عند الامتناع عن تنفيذ حكم الطاعة برضا واختيار (١) .

---

(٣) وبهذا اخذ مشروع القانون الموحد حيث نص فى المادة ٦١ على أنه « اذا امتنعت الزوجة عن متابعة زوجها الى منزل الزوجية بلا مسوغ أو منعته من الدخول عليها فى منزلها الذى يساكنها فيه ولم يكن قد أبى نقلها عنه ، سقط حقها فى نفقتها مدة الامتناع ، سواء أكانت محكوما عليها بالمتابعة أم لا ، ويعود حقها فى النفقة بعودتها الى متابعته ... » .

وفى المادة ٦٢ على أنه « لا يجوز بحال من الاحوال تنفيذ الحكم على الزوجة بالمتابعة عن طريق الاكراه البدنى » ، وبينت اللجنة فى مذكرتها الايضاحية أن بعض فقهاء المالكية رأى فى زمنه سقوط النفقة لا غير بالنشوز ، وتخيير الزوجة بين أن تتابع زوجها وتعود الى بيتها أو أن تسقط نفقتها ، وأن الاخذ بهذا الرأى اليوم أوجب والزم ، ولا سيما بعد أن أخذ المشروع باعطاء كل من الزوجين حق طلب التفريق القضائى للشقاق ، وجعل الوصول الى هذا التفريق القضائى محتما فى معظم الاحوال ، مع تحميل المذنب منهما الخسارة المالية الناشئة عن الفراق من مهر أو نفقة ، وقد كان القانون السورى جاريا على الحكم الذى جاء به هذا المشروع ، وقد ابقت لجنة المراجعة هذه الاحكام مع تعديل فى الصياغة وبينت مذكرتها الايضاحية انه لا جدال فى أن الطاعة حق للزوج على زوجته ، فى حدود ما أمر الله تعالى به ، وهى الطريق الاوحد لبناء الاسرة على أساس السكينة والمودة والرحمة ، فلا معنى للزوجية اذا لم تقبل الزوجة أن تعيش مع زوجها فى مسكن واحد ، يندمجان فيه تآلفا ، وتعاطفا ، وتعاونا وتضامنا ، وأن مثار الشكوى هو تنفيذ حكم الطاعة جبرا وبقوة الشرطة ، وبالوضع الذى رسمه القانون القائم ، والحق أن هذا التنفيذ لم يكن وسيلة الى حفظ الاسرة والقيام بواجبات الزوجية ، وهو أمر لا تستقيم بعده أمور الزوجية فى الاعم الاغلب ، ومن المشاهد أن المرأة تقوم الآن بكثير من الاعمال العامة ، وقد تعهدت الدولة بأن تيسر لها سبيل التوفيق بين عملها فى المجتمع وواجباتها فى الاسرة . والتنفيذ على هذا الوجه يتعارض مع التيسير المطلوب ، ومهما كان موقف الزوجة من تحد لتعاليم دينها ، ولحكم القانون والقضاء النهائى ، فان التنفيذ الجبرى لا يرجى منه خير الاسرة .

وقد صدر القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ فنص فى المادة ١١ مكررا ثانيا على أنه إذا امتنعت الزوجة عن طاعة الزوج دون حق توقف نفقة الزوجة من تاريخ الامتناع • وتعتبر ممتنعة دون حق إذا لم تعـد لمنزل الزوجية بعد دعوة الزوج إياها للعودة باعلان على يد محضر لشخصها أو من ينوب عنها ، وعليه أن يبين فى هذا الاعلان المسكن وللزوجة الاعتراض على هذا أمام المحكمة الابتدائية خلال ثلاثين يوما

=

وبناء على ذلك اصدر وزير العدل فى سنة ١٩٦٧ قرارا وزاريا بعدم تنفيذ حكم الطاعة على الزوجة قهرا عنها .

وقد كنت اثرت هذه المسالة امام اللجنة التحضيرية للدستور التى كانت تنعقد جلساتها فى هذا الوقت ، كمثال على حرص علماء الفقه الاسلامى المعاصرين على مصلحة المجتمع ومصلحة الاسرة ، وعلى اختيار الاحكام المبنية على الحكمة ، والمحققة للمصلحة ، وهى اساس التشريع الاسلامى ، دون التزام ببقاء بعض الاحكام الاجتهادية التى يتبين بالتجربة وبمضى الزمن عـدم صلاحيتها للتشريع والتطبيق فى العصر الحاضر . ولكنى — وقد كنت ابدى الراى امام لجنة الدستور — بينت ان طريق تعديل الحكم القائم الذى بين الفقهاء الحاجة الى تغييره ، ليست اصدار قرار وزارى ، لأن القرار الوزارى ليس فى قوة القانون حتى يلغيه . وتنفيذ حكم الطاعة جبرا قد صدر بقانون ، ولا يلغيه الا قانون .

وقد اثار احد اعضاء اللجنة الافاضل هذا الامر بعد ذلك امام مجلس الامة فى ذلك الوقت ، وتبين للجنة التشريعية صحة ما قررناه ، وقد كان من واجب المجلس حينئذ ان يصحح الوضع باصدار تشريع بهذا التعديل، بدل هذا القرار الوزارى الذى لا يمكن ان يلغى قانونا ، حتى لا يستغل احد الازواج هذه الثغرة ، ويثير المسالة امام الجهة المختصة ، ويتمكن من تنفيذ حكم الطاعة على زوجته جبرا ، احتراما لحكم قانونى لايزال قائما الى ان يصدر قانون يلغيه . ويبدو — وقد كان هذا كله قبل عدوان اسرائيل سنة ١٩٦٧ مباشرة — ان هذا العدوان قد شغل المختصين عن هذا التصحيح . وبصدور القانون ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ اصبح الموقف القانونى سليما لأن تنفيذ حكم الطاعة جبرا قد الغى ضمنا .

من تاريخ هذا الاعلان . وعليها أن تبين فى صحيفة الاعتراض الاوجه الشرعية التى تستند إليها فى امتناعها عن طاعته ، والا حكم بعدم قبول اعتراضها .

ويعتد بوقف نفقتها من تاريخ انتهاء ميعاد الاعتراض إذا لم تتقدم به فى الميعاد .

وعلى المحكمة عند نظر الاعتراض أو بناء على طلب أحد الزوجين التدخل لانهاء النزاع بينهما صلحا باستمرار الزوجية وحسن المعاشرة فاذا بان لها أن الخلاف مستحكم وطلبت الزوجـة التطليق اتخذت المحكمة اجراءات التحكيم فى المواد من ٧ — ١١ من هذا القانون على الوجه الذى سنبينه فيما بعد عند كلامنـا عن التطليق ونلاحظ أن صياغة هذه المادة صياغة قاصرة وغير سليمة لانها لم تشمل الا الزوجة المدخول بها فى منزل الزوجية ، ولا تشمل الزوجة التى أوفاها الزوج معجل مهرها وأعد لها مسكنا شرعيا يدعوها للدخول فيه .

٧٦ — هذه هى حقوق الزوج على زوجته ، فليس له بعد ذلك أن يطالبها قضاء بخدمة البيت والقيام بالشئون المنزلية ، لأن عقد الزواج الذى تم بينهما لا يقصد به الا حل المعاشرة الزوجية بينهما ، طلبـا لتحصين النفس وتحصيل الولد ، ولا يقصد به الخدمة وأداء الواجبات المنزلية ، فانها داخلة فى نطاق ما يجب على الزوج إعداده للحيـاة الزوجية (١) . وما ورد من الآثار فى خدمة الزوجة لزوجها هو من باب التطوع ومكارم الأخلاق .

---

(١) هذا ويرى بعض الفقهاء الاحناف ان خدمة الزوجة لزوجها واجب ديانة لا قضاء (انظر رد المختار لابن عابدين ج ٢ ص ١٠٩) أما ابن تيمية فيقول فى كتابه (السياسة الشرعية ص ١٥٨) : اختلف الفقهاء

وهذا هو ما ذهب إليه الحنفية والشافعية والمالكية والظاهرية ، وقد خالف فى ذلك بعض الفقهاء ومنهم أبو ثور الفقيه الشافعى ، وابن القيم الفقيه الحنبلى ، وقد أشار إلى هذا الخلاف ابن رشد(١)، وذهبوا إلى أن خدمة الزوج والقيام بشئون المنزل من طبخ وغسل وكنس ونحوه واجبة على الزوجة ، فى حدود المعروف والمألوف بين الناس ، فاذا كانت حالة الزوج المالية لا تقوى على استئجار خادم وجب على الزوجة خدمته ، وإن كانت حالته المالية ومستواه الاجتماعى بحيث يستأجر من يخدمه فى الشئون المنزلية ، لم يجب على الزوجة شىء من ذلك ، وكان عليها الاشراف والرعاية فقط ، كما جرى العرف بين الناس .

وقد ورد أن نساء النبى — ﷺ ونساء أصحابه كن يقمن بخدمة البيت . وتقول السيدة أسماء بنت أبى بكر الصديق وزوج الزبير ابن العوام : « كنت أخدم الزبير خدمة البيت كله ، وكانت له فرس فكنت أسوسها ، وكنت أحش لها وأقوم عليها . وروى أنها كانت تعلف فرسه ، وتسقى الماء ، وتخرز الدلو ، وتعجن ، وتنقل النوى على رأسها من أرض له على ثلثى فرسخ (٢) » وقد كانت فاطمة بنت الرسول — رضى الله عنها — وزوج على — رضى الله عنه — تقوم بالخدمة المنزلية ، حتى إن الرحى لتؤثر فى يديها من كثرة العمل .

= هل تجب عليها خدمة المنزل كالفرش والكنس والطبخ ونحو ذلك ، فقيل : يجب عليها ، وقيل : لا يجب ، وقيل : يجب الخفيف منه .

(١) انظر بداية المجتهد جـ ٢ ص ٥٤ .

(٢) الفرسخ : ثلاثة أميال والميل مقدار مدى البصر من الارض يساوى ثلاثة آلاف ذراع (المصباح المنير) .

وقد قسم رسول الله — ﷺ — العمل بينها وبين زوجها ، وجعل عليها الخدمة المنزلية ، وعلى علي — رضى الله عنه — الاعمال الخارجية .

ويقول ابن القيم فى ذلك :

احتج من أوجب الخدمة بأن هذا هو المعروف عند من خاطبهم الله سبحانه بكلامه ، وأما ترفيه المرأة وخدمة الزوج وكنسه وطحنه وعجنه وغسله وفرشه وقيامه بخدمة البيت ، فمن المنكر ، والله تعالى يقول : « ولهن مثل الذى عليهن بالمعروف » ويقول : « الرجال قوامون على النساء » واذا لم تخدم المرأة زوجها بل يكون هو الخادم فهى القوامة عليه .

وإن العقود المطلقة إنما تنزل على العرف ، والعرف خدمة المرأة وقيامها بمصالح البيت الداخلية .

ثم يرد على القول بأن خدمة فاطمة وأسماء كانت من باب التبرع والاحسان بقوله : إن فاطمة كانت تشتكى لأبيها ما تلقى من الخدمة ، ولم يوجبها على عنى ، وقد رأى — ﷺ — أسماء والعلف على رأسها، والزبير معه ، ولم يقل له : لا خدمة عليها [1] .

حقوق الزوجة على الزوج :

٧٧ — أما حقوق الزوجة على زوجها فهى : ١ — المهر . ٢ — النفقة ، ولكل منهما مبحث خاص به . ٣ — العدل فى معاملتها والاحسان إليها ، وعدم الاعتداء عليها أو على مالها ، فاذا كان متزوجا بأكثر من واحدة كان من العدل الواجب المساواة بينهن فى المعاملة

(١) انظر زاد المعاد ج ٢ ص ٢٢٥ .

الظاهرة التى يملكها . فلا يميز واحدة على أخرى فى نفقة (١) ولا فى مبيت . ولا فى عطية ، ولا فى تعهد وعناية وإقبال ومفاكهة ومؤانسة . فان الميسور لا يسقط بالمعسور . وما لا يدرك كله لا يترك كله . يقول الرسول — ﷺ — : « من كانت امرأتان ، فمال إلى إحداهما دون الأخرى جاء يوم القيامة وشقه مائل » .

أما ما سوى ذلك من المحبة الباطنية والميل القلبى فلا يطالب به ، لأنه خارج عن نطاق التكليف وحيز الاستطاعة . وفيه تقول السيدة عائشة : كان رسول الله — ﷺ — يقسم بين زوجاته فيعدل ، ويقول : « اللهم هذا قسمى فيما أملك ، فلا تلمنى فيما تملك ولا أملك » (٢) .

ويسوى المذهب الحنفى فى حق المبيت بين البكر والثيب (٣) ، والعجوز والشابة ، والقديمة والجديدة ، والمسلمة والكتابية . لأن كل واحدة منهن زوجة ، لها من الحقوق الزوجية ما ثبت للأخرى . فيوجب على الزوج أن يبيت عند كل واحدة منهن قدرا مساويا الباقيات ثم هو يوجب هذه المعاملة المتساوية فى المبيت حال الصحة والمرض الذى يقدر فيه المريض على الحركة والتنقل ، دون أن يضره ذلك ودون أن

---

(١) هذا على حسب المعمول به الآن من تقدير نفقة الزوجة بحسب حالة الزوج المالية يسارا واعسارا كما يرى جمهور الفقهاء ومنهم الاحناف فى احد اقوالهم ، أما من يرى تقدير نفقة الزوجة بحسب حالة الزوجين أو حالتها هى فلا تجب هذه التسوية .

(٢) سبل السلام ج ٣ ص ١٩٤ .

(٣) وعن انس رضى الله عنه أن من السنة اذا تزوج الرجل البكر على الثيب اقام عندها سبعا ثم قسم ، واذا تزوج الثيب اقام عندها ثلاثا ثم قسم . رواه البخارى وبه أخذ مالك والشافعى (بداية المجتهد ج ٢ ص ٩٢) .

يؤخر شفاءه . وقد كان رسول الله — ﷺ — يقسم فى مرضه (١) ، حتى أذن له فى البقاء عند عائشة . وتنازلن عن حقهن فى المبيت .

وهذا العدل فى المبيت لا يطالب به الزوج حال السفر . فله أن يصطحب من زوجاته من يشاء . فليست كل واحدة منهن قادرة على متاعب السفر ومشاقه . وإن كان الاولى أن يختار واحدة منهن بطريق القرعة (٢) تطييبا لخاطرهن د إذا لم يكن هناك ما يدعو إلى اختيار واحدة منهن . وعلى هذا لا تدخل مدة السفر فى أيام القسم . ولا يلزم الزوج بالمبيت عند الأخرى مدة تعادل مدة السفر .

---

(١) عن عائشة — رضى الله عنها — أن رسول الله — ﷺ — كان يسأل فى مرضه الذى مات فيه (اين أنا غدا ؟) فاذن له أزواجه أن يكون حيث شاء ، فكان فى بيت عائشة .

(٢) عن عائشة — رضى الله عنها — قالت : « كان رسول الله — ﷺ — اذا أراد السفر أقرع بين نسائه ، فأيتهن خرج سهمها خرج بها معه ، وقد ذهب الشافعى الى وجوب القرعة ، وقال القرطبى : تختص مشروعية القرعة بما اذا اتفقت أحوالهن لئلا يخص واحدة منهن ، فيكون ترجيحا بلا مرجح ، ويرى بعض الفقهاء عدم جواز القرعة ، لأن بعض النساء قد تكون انفع فى السفر من غيرها ، فلو خرجت القرعة التى لا نفع فيها لاضر ذلك بالزوج ، وقد يكون بعض النساء أقوم برعاية مصالح بيت الرجل فى الحضر (سبل السلام جـ ٣ ص ١٩٩) (ونيل الاوطار جـ ٦ ص ١٨٥).

أحكام المهر

٧٨ — المهر — ويسمى بالصداق وبالنحلة (١) — هو المال الذى أوجبه الشارع على الزوج ، وجعله حقا للزوجة ، فى عقد الزواج الصحيح ، أو فى الدخول بشبهة . يقول الله تعالى : « وآتوا النساء صدقاتهن نحلة » ويقول تعالى : « قد علمنا ما فرضنا عليهم فى أزواجهم » وهو عطية لازمة ، وهدية واجبة ، يؤديها الرجل للمرأة ، تأليفا لقلبها ، وتكريما للزواج بها ، ويعبر عن هذا المعنى الكمال بن الهمام بقوله : « إن المهر شرع إبانة لشرف العقد وإظهار خطره ... إذ لم يشرع بدلا كالثمن والأجرة ، وإلا لوجب تقديم تسميته » (٢).

ولهذا لم يكن المهر ركنا من أركان عقد الزواج ، ولا شرطا من شروط صحته ، ولا نفاذه ، ولا لزومه ، وإنما كان حكما من أحكامه وأثرا من آثاره . فيصح عقد الزواج بدون ذكر المهر ، بل مع الاتفاق على ألا مهر للزوجة ، ثم يلزم المهر مع ذلك باعتباره حكما لازما من أحكام عقد الزواج ، وأثرا من آثاره ، لا يملك الزوجان إلغاءه .

والدليل على أن ذكر المهر ليس ركنا من أركان عقد الزواج ، ولا شرطا من شروطه ، قوله تعالى : « لا جناح عليكم إن طلقتم النساء

---

(١) صداق المرأة فيه لغات أكثرها فتح الصاد والثانية كسرها .. والثالثة لغة الحجاز صدقة بضم الدال وجمعها صدقات وهو ما جاء فى القرآن الكريم ، والرابعة لغة تميم صدقة بضم الصاد وسكون الدال ، والخامسة صدقة بفتح الصاد وسكون الدال . والنحلة بكسر النون العطية ، يقال : نحلت المرأة مهرها نحلة اعطيتها (المصباح المنير) .

(٢) فتح القدير جـ ٣ ص ٢٠٥ .

ما لم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة » ، فقد نفت الآية الكريمة الجناح والاثم عمن يطلقون زوجاتهم قبل الدخول بهن ، أو قبل الاتفاق على مهورهن ، والطلاق يكون بعد الزواج الصحيح . فكانت هذه الآية دليلا على صحه الزواج دون ذكر مهر . وقد روى أن عبد الله بن مسعود سئل فى امرأة تزوجها رجل دون أن يسمى لها مهرا . ثم مات عنها قبل أن يدخل بها . هل يجب لهـا مهر ؟ فقال : « أقول فيها برأيى ، فان يكن صوابا فمن الله . وإن يكن خطأ فمنى ومن الشيطان . أرى لها مهر مثلها . لا وكس ولا شطط » وقد تبين لابن مسعود بعد ذلك أن فتواه موافقة لما قضى به رسول الله — ﷺ — فى امرأة تسمى بروع[1] بنت واشق . فدل هذا على أن الزواج بدون تسمية مهر صحيح . وأنه يجب رغم ذلك بايجاب الشارع ، فلم يكن المهر ركنا ولا شرطا ، وإنما كان حكما وأثرا .

٧٩ — وإنما وجب المهر على الزوج دون الزوجة ، لأنه أقدر على الاكتساب ، ولأنه رئيس الأسرة ، والقائم على نفقاتها . ولأن الزوجة تنفق عادة فى إعداد نفسها وجهازها مالا ، يعاونها فيه أبوها وأقاربها ، والمنفعة فى هذا تعود على الزوج أيضا . فكان من المناسب أن يسهم الرجل فى ذلك بمهر يدفعه لها ، ثم إن المهر يكون فى أحوال كثيرة سببا يمنع الزوج من التسرع فى الطلاق ، لما يترتب عليه من دفع

---

(١) بروع بفتح الباء وسكون الراء وفتح الواو ، وقد قيل : ان كسر الباء خطأ . وقال بعض العلماء : ان المحدثين رووه بالكسر . ولا سبيل الى دفع الرواية ، والاسماء الاعلام لا مجال القياس فيها ، فالصواب جواز الفتح والكسر . واتفقوا على فتح الواو (المصباح المنير) .

مؤخر الصداق المطلقة ، ودفع مهر للمرأة التى يتزوجها بعد ذلك ، وهو أيضا ضمان للمرأة عند الطلاق (١) •

سبب وجوب المهر :

٨٠ — يجب المهر بمجرد العقد فى الزواج الصحيح ، ولا يجب إلا بالدخول فى الزواج الفاسد ، وعلى هذا فان من تزوج امرأة زواجا صحيحا يجب لها المهر عليه ، سواء دخل بها أو لم يدخل ، ولكنه وجوب غير مستقر ولا مؤكد ، فاذا مات الزوج عنها أو ماتت عنه ، وجب المهر كاملا ، تأخذه من تركته فى حال موته ، ويأخذه ورثتها منه فى حال موتها •

أما إذا كان عقد الزواج فاسدا فانه لا يترتب عليه وجوب المهر ، فلو مات أحدهما قبل الدخول لم يجب المهر ، فاذا دخل بها وجب المهر بالدخول الذى امتنع فيه الحد لشبهة العقد ، حتى لا يخلو الدخول بالمرأة من المهر والحد معا •

تقــدير المهر :

٨١ — اتفق الفقهاء على أن المهر ليس له حد أعلى يجب الوقوف عنده وعدم تجاوزه ، ويروى فى ذلك أن عمر بن الخطاب أراد أن يحمل

---

(١) يقول الكاسانى فى البدائع : « ان ملك النكاح لم يشرع الا لمقاصد لا حصر لها الا بالدوام على النكاح ، والقرار عليه لا يدوم الا بوجوب المهر بنفس العقد ، لما يجرى بين الزوجين من الاسباب التى تحمل الزوج على الطلاق ، فلو لم يجب المهر بنفس العقد ، لا يبالى الزوج بازالة الملك لادنى خشونة ، ثم ان مصالح النكاح ومقاصده لا تحصل الا بالموافقة ، وهى لا تحصل الا اذا كانت المراة عزيزة مكرمة ، ولا عزة الا بانســداد طريق الوصول اليها الا بمال له خطر ، لأن ما صعب الوصول اليه عز ، وما سهل الحصول عليه هان » ، انتهى بتصرف وتلخيص .

الناس على عدم المغالاة فى المهور . بوضع حد أعلى له لا يتجاوزونه . وعندما أعلن عن قصده إلى ذلك عارضته إحدى النساء ، وقالت له : إن الله سبحانه وتعالى يقول : « وإن أردتم استبدال زوج مكان زوج وآتيتم إحداهن قنطارا ، فلا تأخذوا منه شيئا ، أتأخذونه بهتانا وإثما مبينا » فقال الفاروق عمر : أخطأ عمر وأصابت امرأة . وذلك لأن الآية عبرت عن المهر بالقنطار والمراد به المال الكثير .

ويظهر أن الأحوال الاجتماعية فى ذلك الوقت لم تكن قد بلغت حدا يستوجب هذا التشريع . وأن إقبال الناس على الزواج كان يسير سيرا عاديا . وإلا لما امتنع عمر عن قصده الذى يستمده من نصوص الشريعة ومقاصدها . التى ترغب فى الزواج وتيسر سبله ، وقد روى أن النبى — ﷺ — قال : « خير الصداق أيسره » وقال : « إن أعظم النكاح بركة أيسره مؤنة » (١) وقال : « أعظم النساء بركة أيسرهن مؤنة » (٢) ويقول عروة : « أول شؤم المرأة كثرة صداقها » .

ولهذا كان من المستحب شرعا عدم المغالاة فى المهور . لما تؤدى إليه هذه المغالاة من الاعراض عن الزواج الذى يتبعه شيوع الفساد .

ومع اتفاق العلماء على عدم وجود حد أعلى للمهر ، قد اختلفوا فى حده الادنى ، فذهب الامام الشافعى ، والامام أحمد . وإسحاق ، وأبو ثور ، إلى أنه لا حد لأقله . متى كان المسمى شيئا له قيمة مالية . بحيث يصلح بدلا فى عقود المعاوضات ، لقوله تعالى : « أن تبتغوا بأموالكم محصنين غير مسافحين » فكل ما يسمى مالا قليلا كان أو

---

(١) رواه الامام احمد ، نيل الاوطار ج ٦ ص ١٤٣ .

(٢) فيض القدير للمناوى على الجامع الصغير للسيوطى ج ٢ ص ٥

كثيرا يصح جعله مهرا . وقد تأكد هذا المعنى بما رواه سهل بن سعد أن النبى — صلى الله عليه وسلم — جاءته امرأة فقالت : يا رسول الله : إنى قد وهبت نفسى لك ، وقامت قياما طويلا ، فقام رجل فقال : يا رسول الله زوجنيها إن لم يكن لك بها حاجة ، فقال رسول الله — صلى الله عليه وسلم — : وهل عندك من شىء تصدقها إياه ، فقال : ما عندى إلا إزارى هذا ، فقال النبى : إن أعطيتها إزارك جلست لا إزار لك ، فالتمس شيئا ، فقال : ما أجد شيئا ، فقال : التمس ولو خاتما من حديد ، فالتمس فلم يجد شيئا فقال النبى : هل معك من القرآن شىء ؟ قال : نعم ، سورة كذا وسورة لسور سماها . فقال له النبى — صلى الله عليه وسلم — : « قد زوجتكها بما معك من القرآن » (١) فان هذا الحديث يدل على جواز جعل خاتم الحديد مهرا . ولا تصل قيمته إلى الحد الأدنى الذى يذكره باقى الفقهاء ، أما ما حدث بعد ذلك من تزويج له بما معه من القرآن ، فقد قالوا : إنه خصوصية لهذا الرجل تكريما للقرآن ، وتيسيرا عليه فى تحصين نفسه وإعفافها ، بعد أن تبين عدم قدرته على دفع المهر ، فعن أبى النعمان الازدى أن رسول الله — صلى الله عليه وسلم — زوج امرأة على سورة من القرآن . ثم قال : « لا يكون لأحد بعدك مهرا » . وقيل : ان مهرها هو أجر تعليمها ما يحفظه من القرآن .

ويرى المالكية أن أقل ما يصلح مهرا ربع دينار من الذهب (٢) أو ثلاثة دراهم من الفضة ، لأن عبد الرحمن بن عوف تزوج على وزن نواة من الذهب وهى ربع دينار ، ولأنه نصاب السرقة عندهم ، ومعنى

---

(١) انظر اعلام الموقعين جـ ٢ ص ٢٦٨ .

(٢) بداية المجتهد جـ ٢ ص ١٩ .

ذلك أنه مال له خطر وحرمة ، بدلالة قطع اليد فى سرقته لا فى سرقة ما دونه . فيكون هو الحد الأنى للمهر •

ويرى ابن شبرمة أن أقل المهر خمسة دراهم . ويرى سعيد بن جبير أن أقله خمسون درهما ، ويرى النخعى أن أقله أربعون درهما ، استدلالا ببعض الحوادث التى قدر فيها المهر هذا التقدير ، وقياسا على نصاب السرقة عند كل منهم •

ومذهب الحنفية المعمول به أن أقل المهر عشرة دراهم ، كانت تساوى فى الأحوال الاقتصادية العادية خمسة وعشرين قرشا ، وقد استدلوا على ذلك بما رواه جابر عن النبى — ﷺ — « لا مهر أقل من عشرة دراهم » وقد روى مثل هذا عن عمر وعلى وعبد الله بن عمر رضى الله عنهم . كما قاسوا تقدير المهر على نصاب السرقة الذى يوجب القطع عندهم •

والحق هو ما ذهب إليه الشافعى وأحمد لأن الحديث الذى استندا إليه هو أصح ما يروى فى هذا الشأن باتفاق العلماء . وأما غيره فلم تثبت صحته (١) •

---

(١) ولهذا نص مشروع التقنين الموحد على أنه لا حد لاقل المهر ولا لاكثره ، وأن كل ما صح التزامه شرعا صلح أن يكون مهرا ، وقد كان هذا هو المعمول به فى سوريا بمقتضى المادة ٥٤ من قانون الاحوال الشخصية وقد أبقت على ذلك لجنة المراجعة ، وبينت مذكرتها الايضاحية أن القول بأن المهر ليس له حد أدنى هو قول عمر ، وابن عباس ، وأبو سعيد الخدرى ، وجابر ابن عبد الله ، والحسن البصرى ، وابن المسيب ، والليث ، والاوزاعى ، والشافعى ، وأهل الظاهر .

ما يصلح مهرا فى المذهب الحنفى :

٨٢ — قلنا : إن المعمول به هو المذهب الحنفى ، وقد قرر فقهاؤه أن كل مال متقوم معلوم علما نافيا للجهالة الفاحشة ، يصلح أن يكون مهرا متى بلغت قيمته عشرة دراهم أو أكثر ، فيصح أن يكون المهر عقارا وأن يكون منقولا ، سواء أكان مكيلا أو موزونا أو حيوانا ، إلى غير ذلك . كما يصح أن يكون منفعة لها قيمة مالية : كسكنى الدار ، وزراعة الأرض ، فان كانت المنفعة لا تتقوم بمال ، كما لو جعل مهرها أن يطلق زوجته أو ألا يتزوج عليها ، لم تصلح لأن تكون مهرا أن يعلمها القرآن كله أو بعضه ، أو أن يعلمها أحكام الدين ، لم يكن ذلك مهرا عند متقدمى الحنفية ، لكون ذلك التعليم منفعة لا تقابل بمال ، لعدم جواز أخذ الأجر على ذلك ، لأنها طاعة من الطاعات ، يثاب عليها فى الآخرة ، ولا يؤخذ عليها أجر مادى فى الدنيا .

وقد ذهب المتأخرون منهم إلى أن أخذ الأجر على ذلك صحيح ، حتى يتفرغ معلمو القرآن لتحفيظه والدين لتعليمه ، ولا يشغلوا أنفسهم بكسب العيش ، فكان تعليم القرآن أو الدين منفعة تقابل بالمال .

ولو سمى لها مهرا لا يسمى مالا ، أو كان المهر مالا غير متقوم : كالخمر والخنزير ، فان تسميته لا تصح بالنسبة للمسلم ، ولو كانت زوجته كتابية .

وإذا جعل مهر زوجته ثوبا من الصوف أو الحرير ، أو جعله قنطارا من القطن ، أو بقرة ، دون تعيين ، صحت التسمية لكون المسمى مالا ، وكان الواجب عليه هو الصنف المتوسط مما سماه أو قيمته ، وقد اغتفرت الجهالة فى هذه التسمية ، لأنها جهالة يسيرة

غير فاحشة . والجهالة اليسيرة يتسامح فيها عند تقـدير المهر فى الزواج ، لأن المال ليس مقصودا أصليا فيه ، بخلاف عقود المعاوضات المالية ، فان المال فيها مقصود لذاته ؛ أما إذا كانت الجهالة فاحشة كما إذا جعل مهرها حيوانا دون أن يبين نوعه ، فان التسمية لا تصح لعدم إمكان إزالة هذه الجهالة ، مما يترتب عليه حصول النزاع بين الزوجين فى نوع الحيوان المسمى •

وفساد تسمية المهر لا تأثير له على صحة عقد الزواج نفسه ، فيقتصر الفساد على تسمية المهر ، ولا يتعدى ذلك إلى الزواج ، فيكون صحيحا ويجب حينئذ مهر المثل •

صاحب الحق فى المهر :

٨٣ — المهر ابتداء حين التسمية تتعلق به حقوق ثلاثة :

١ — حق الشرع • ٢ — حق الزوجة • ٣ — حق أوليائها •

وحق الشرع فى ذلك عند الحنفية ألا يقل المهر عن عشرة دراهم كما وردت بذلك الآثار •

وحق الزوجة فى ذلك ألا يقل مهرها عن مهر مثلها إذا زوجها وليها ، فاذا زوج الولى البالغة العاقلة بمهر أقل من مهر مثلها . كان لها حق الاعتراض على التسمية . والأمر فى ذلك إليها . فان أجازتها جازت ، وإن ردتها بطلت •

وحق الاولياء فى المهر ألا يقل المهر المسمى عن مهر المثل ، إذا ما زوجت البالغة العاقلة نفسها ، فلو كان ما سمته أقل من مهر مثلها ، كان لأوليائها حق الاعتراض وطلب فسخ الزواج من القضاء •

وإسقاط الزوجة أو الولى حقه فى ذلك لا يسقط حق الآخر • فاذا ما سمى المهر فى العقد تسمية صحيحة ، وروعى فيها حق الشرع ، وحق الزوجة ، وحق أوليائها ، على النحو السابق ، فقد أصبح المهر بعد ذلك حقا خالصا للزوجة ، تتصرف فيه كما تشاء ، فان شاءت قبضته ، وإن شاءت أبرأت زوجها منه ، لا سلطان لأحد عليها فى ذلك ، ولو كان وليها ، مادامت أهلا للتصرفات المالية • وننتهى من هذا إلى أن حق الشرع وحق الأولياء فى المهر لا يظهران إلا وقت العقد ، وابتداء التسمية فقط • وأما حق الزوجة فانه يثبت معهما فى الابتداء ، وينفرد وحده بعد ذلك فى حالة البقاء والانتهاء •

تعجيل المهر أو تأجيله :

٨٤ — قلنا إن المهر بعد أن يسمى ويثبت فى ذمة الزوج لزوجته يصبح حقا خالصا لها ، فيكون لها أن تتفق معه على تعجيله كله ، أو تأجيله كله ، أو جعل بعضه عاجلا وبعضه آجلا ، سواء أكان الأجل قريبا أو بعيدا ، وسواء أكان مؤجلا إلى تاريخ معين ، أو إلى أقرب الأجلين : الموت أو الطلاق ، أو جعله أقساطا شهرية أو سنوية ، فان لم يكن هناك اتفاق على ميعاد سداد المهر ، احتكم فى ذلك إلى عرف البلد الذى تم فيـــه الزواج ، فان من القواعد المقررة أن المعروف عرفا كالمشروط شرطا ، والعرف فى مصر على تعجيل النصف ، وتأجيل النصف لأقرب الأجلين فى بعض البلاد ، وعلى تعجيل الثلثين وتأجيل الثلث لأقرب الأجلين فى بلاد أخرى •

المهر الذى يجب :

٨٥ — يختلف المهر الواجب فى عقد الزواج باختلاف الاحوال ، تبعا لوجود التسمية وعدمها ، وصحتها وفسادها ، فقد يكون المهر

الواجب هو المهر الذى سمى فى العقد ، وقد يكون الواجب هو مهر المثل ، وقد يكون الواجب هو الاقل من المهر المسمى ومهر المثل ، وقد يكون الواجب هو الحد الادنى للمهر •

ونبين الحالات التى يجب فيها كل نوع من هذه الأنواع فيما يلى:

وجوب المهر المسمى :

٨٦ — يجب المهر المسمى فى العقد إذا كان عقد الزواج صحيحا ، وكانت التسمية صحيحة فى العقد أو بعده ، بأن كان المهر مالا متقوما معلوما ، قد بلغت قيمته عشرة دراهم فأكثر ، مع ملاحظة أن يكون المهر المسمى يعادل مهر مثلها إذا كان لها ولى ، وإلا كان له الاعتراض وطلب فسخ العقد ، إلا إذا أكمل الزوج إلى مهر المثل •

وجوب الأقل من المهر المسمى ومهر المثل :

٨٧ — ويجب الأقل من المهر المسمى ومهر المثل إذا كان عقد الزواج فاسدا ، وكانت فيه تسمية صحيحة للمهر ، ثم دخل الزوج بزوجته دخولا حقيقيا ، ومثال ذلك أن يتزوج رجل بامرأة زواجا فاسدا بأن لم يحضره شهود ، وقد سمى لها فى العقد مهرا قدره خمسون جنيها ، بينما مهر مثلها مائة ، فان الذى يجب لها بالدخول هو القدر المسمى وهو خمسون جنيها فقط ، لأنها رضيت به ، وأسقطت بعض حقها ، ولو كان المسمى مآئة ، بينما مهر مثلها خمسون جنيها ، كان الواجب خمسين فقط ، مقدار مهر المثل لأنه الواجب الأصلى •

وقد خالف زفر فى ذلك ، وجعل الواجب فى الدخول بناء على عقد الزواج الفاسد هو مهر المثل بالغا ما بلغ ، دون اعتبار للمهر

المسمى فى العقد . لأن فساد العقد يمنع اعتبار التسمية الواردة فيه فلا ينظر إليها .

وجوب مهر المثل :

٨٨ — ويجب مهر المثل إذا كان عقد الزواج صحيحا ، وكانت تسمية المهر غير صحيحة ، ويدخل فى ذلك :

١ — إذا لم تكن هناك تسمية فى العقد أصلا .

٢ — إذا اشتمل العقد على تسمية غير صحيحة . بأن سمى لها ما ليس مالا أو سمى لها مالا غير متقوم . أو سمى لها مالا مجهولا جهالة فاحشة (١) .

وقد اختلف فقهاء المذهب الحنفى فيما إذا جعل مهرها أن يقوم بخدمتها فى المنزل مدة معلومة . فذهب أبو حنيفة وأبو يوسف إلى أن هذه التسمية غير صحيحة . لما فيه من قلب أوضاع الحياة الزوجية المعروفة ، وإذا فسدت التسمية وجب مهر المثل ، وذهب محمد إلى صحة التسمية إلا أنه لا يمكن استيفاء هذه المنفعة للمعنى الذى ذكره الشيخان ، وهو قلب الأوضاع ، فيكون الواجب هو قيمة هذه المنفعة لتعذر استيفائها .

فاذا كان مهرها الذى سمى فى العقد هو قيامه بزراعة أرضها ، أو بناء دارها ، أو نحو ذلك ، فقد ذكرت بعض الروايات أن الخلاف يجرى فى ذلك أيضا ، بينما ذكرت الأخرى أنه لا خلاف فى صحة

---

(١) تزوج الاشعث مليكة بنت زرارة على حكمها ، فحكمت بمائة الف درهم . فردها عمر الى اطنلب بيتها اى الى امثال اهلها . والمراد مهر امثالها (المصباح المنير مادة طنب) .

هذه التسمية . ووجوب ذلك على الزوج . فليس فيه قلب للاوضاع الزوجية .

٣ — وإذا اتفق الزوجان على نفى المهر ، بأن قال لها : تزوجتك على ألا يكون لك مهر ، فقالت : قبلت ، فان المهر يجب مع ذلك ؛ لأن الشارع قد اعتبر المهر حكما لازما للزواج ، فلا يملك الزوجان نفيه ، ويكون المهر الواجب حينئذ هو مهر المثل .

ويدخل فيما سبق الزواج المعروف بزواج الشغار ، وهو أن يزوج رجل امرأة فى ولايته لرجل آخر ، على أن يكون مهرها أن يزوجه الآخر بمن فى ولايته ، بمعنى أن مهر كل منهما هو زواج الأخرى . فإن الحنفية يذهبون إلى صحة الزواج لتوافر شروط صحته . ويوجبون فيه لكل من الزوجتين مهر مثلها ، بينما يرى جمهور الفقهاء فساد هذا الزواج وعدم صحته ؛ لما رواه ابن عمر من أن النبى — ﷺ — نهى عن نكاح الشغار . ويرد الحنفية على استدلال الجمهور بهذا الحديث ويقولون : إن النهى عن هذا الزواج إنما كان لعلة هى عدم وجود المهر فيه ، ونحن نقول بصحته مع وجوب مهر المثل ، فلا يكون زواجا بغير مهر ، فلا يشمله النهى .

ويضيف زفر إلى ذلك حالة أخرى أشرنا إليها فيما سبق ؛ وهى حالة الزواج الفاسد وتسمية المهر فيه تسمية صحيحة ، فانه يوجب مهر المثل بالغا ما بلغ ؛ أما الأئمة الثلاثة فيوجبون الأقل من المسمى ومهر المثل .

كما يضيف زفر أيضا حالة تسمية الزوجين مهرا أقل مما أوجب الشرع ؛ وهى التى سنذكرها عند الكلام فى وجوب الحد الأدنى للمهر .

تقدير مهر المثل

٨٩ — يقدر مهر مثل الزوجة بمهر امرأة من أسرة أبيها (١) ، كأختها الشقيقة . وأختها لأبيها . وعمتها ، وبنت عمها ، فإن لم يوجد من يماثلها من قوم أبيها ، قدر مهرها بمهر امرأة تماثلها من أسرة تضاهى أسرة أبيها ، وعلى هذا لا ينظر إلى مهر أمها ، أو خالتها ، أو امرأة من قرابة أمها . إلا إذا كانت من قرابة أبيها . وذلك أن المعتبر هو القرابة التى تنسب إليها المرأة ، وهى تنسب إلى أبيها لا إلى أمها . وقد جاء هذا فى حديث ابن مسعود عن المرأة التى مات زوجها ولم يسم لها مهرا . حيث قال : « لها مثل مهر نسائها » والمراد بهن النساء من أسرة الأب .

وقد ذهب الشافعى إلى أنه إذا لم تكن للمرأة من يماثلها من أسرة أبيها ، اعتبر مهر مثلها بمهر امرأة ذات رحم محرم منها من قرابة الأم ، لأن قرابة الأم أحق باتخاذها أساسا ممن ليست قريبة مطلقا .

ويراد بالمماثلة بين المرأتين أن تكون المرأة التى يتخذ مهرها أساسا لتقدير مهر الأخرى مماثلة لها فى السن والجمال والمال والعقل والتدين والخلق والبكارة أو الثيوبة ، والثقافة والتربية . والخلو من الأولاد أو عدمه ، وأن تكون المرأتان من أهل بلد واحد ، من جيل متحد ، وغير ذلك من الأوصاف التى يختلف باختلافها مهر النساء فى العرف والعادة .

---

(١) وقد ذهبت محكمة الجيزة فى حكمها الصادر بتاريخ ١٠/٢/١٩٥٣ والمنشور بمجلة المحاماة الشرعية سنة ٢٤ ص ٣٩٩ ، والمشار اليه بكتاب « المرجع فى قضاء الاحوال الشخصية للمصريين ج ٢ ص ١٨٨) وكتاب القضاء الجزئى ص ٧١ الى ان « اختلاف مهنة والد الزوجة عن مهنة ابن عمه الذى يقاس مهر ابنته عليها لا يضر التماثل . لأن الرغبة فى الصهر تتبع سمعة الاسرة ومركزها الاجتماعى » .

ولا يشترط تحقق المماثلة التامة بين المرأتين فى هذه الاوصاف ، فإن ذلك مما يندر وجوده ، ويكتفى فى المماثلة بالتقارب بينهما وعدم التفاوت الكبير .

وكما تدخل أوصاف الزوجة فى تقدير مهر مثلها ، تدخل كذلك أوصاف الزوج التى يكون لها دخل فى تقدير المهر ، كالجاه ، والمال والحسب ، والسن ، والدين ، والثقافة ، فإن من تتزوج بشاب موسر متدين مثقف ، لا يكون مهرها مثل مهر من تتزوج بعجوز معسر غير متدين ولا مثقف ، فإن العرف قد جرى على زيادة مهر الثانية تعويضا لها عما فاتها فى أوصاف زوجها .

وتثبت المماثلة بين المرأتين ، ومقدار مهر الزوجة ، بشهادة رجلين عدلين أو رجل وامرأتين من العدول ، لأن هذه الشهادة يترتب عليها حق مالى ، فيكون المعتبر فى نصابها نصاب الشهادة على المال .

وجوب أقل المهر :

٩٠ ـ يجب الحد الادنى للمهر ، وهو عشرة دراهم ، كان مقدارها فى الاحوال الاقتصادية العادية خمسة وعشرين قرشا وتزيد عن ذلك كثيرا الآن ، إذا سمى فى العقد قدر أقل من ذلك ، كما إذا تزوجها على عشرة قروش ، فإن الواجب حينئذ خمسة وعشرون ، عند أبى حنيفة وأبى يوسف ومحمد ، لأن المهر قد سمى تسمية صحيحة . فكان هو الواجب . إلا أن الشارع قد وضع حدا أدنى للمهر لا يملك الزوجان النزول عنه ، فيرفع إلى هذا القدر مراعاة لحق الشارع .

أما زفر فيوجب فى هذه الحالة مهر المثل ، لأن تسمية مهر أقل من الحد الادنى فى الشرع ، تسمية ملغاة وغير معتبرة فى نظر الشارع

فيكون العقد قد تم من غير تسمية . والعقد الخالى من التسمية يجب فيه مهر المثل •

وإذا كان المهر المسمى فى العقد ليس من النقود ، كان المعتبر فى قيمته وقت العقد لا وقت القبض ، فلو تزوج امرأة على ثوب قيمته وقت العقد تساوى عشرة دراهم ، كان هو المهر الواجب ولو نزلت قيمته عن ذلك يوم القبض حتى أصبحت سبعة مثلا ، لأن حق الشارع إنما يعتبر وقت إنشاء العقد فقط . فيكون المعتبر فيه القيمة وقت العقد •

ولو كانت قيمة الثوب يوم العقد سبعة دراهم ثم ارتفعت بعد ذلك ، وصارت يوم قبض الزوجة عشرة دراهم أو أكثر من ذلك ، كان المهر الواجب هو الثوب باعتبار أن قيمته يوم العقد سبعة دراهم مع ثلاثة دراهم لتكملة أقل المهر •

الزيادة فى المهر والحط منه :

٩١ — يجوز للزوج أن يزيد فى مهر زوجته الذى سماه فى عقد زواجها ، مادام كامل الاهلية للتصرفات المالية ، لأن ولايته على ماله ولاية كاملة ، فله أن يتصرف فيه بما يشاء ، ولأن الله سبحانه وتعالى يقول : « ولا جناح عليكم فيما تراضيتم به من بعد الفريضة » •

فإذا ما زاد الزوج فى مهر زوجته التحقت الزيادة بالمهر المسمى وأخذت حكمه . إلا أنها لا تتنصف فى حال الطلاق قبل الدخول كما سيأتى بيان ذلك •

ويشترط لإلزام الزوج بها أمور أربعة :

أولا : أن يكون الزوج من أهل التبرع ، أى أن يكون بالغا وعاقلا ورشـــيدا •

ثانيا : أن تكون الزيادة معلومة ، فلو قال لامرأته : زدتك مبلغا فى مهرك . كانت الزيادة مجهولة لا يترتب عليها أثر •

ثالثا : أن تكون الزيادة حال قيام الزوجية حقيقة أو حكما ، بأن تكون معتدة من طلاق رجعى ، لأن الزيادة كما قلنا تلتحق بأصل المهر المسمى فى العقد ، فكان من المتعين بقاء العقد ، حتى يمكن التحاق الزيادة بالمهر المسمى فيه •

رابعا : أن تقبل الزوجة هذه الزيادة ، أو أن يقبلها عنها وليها المالى إذا كانت محجورا عليها ، وأن يكون القبول فى مجلس ايجاب الزيادة • وإنما اشترط القبول ، لأن هذه الزيادة هبة من الزوج ، ولا يملك الانسان ادخال شىء من ماله فى ملك شخص آخر جبرا عنه، فكان لابد من قبولها •

ومما تجدر الاشارة إليه أن محل تطبيق هذه الاحكام إذا لم يكن الزوج مريضا مرض الموت ، أما إذا كان مريضا هذا المرض فإن زيادته فى مهر زوجته هبة منه فى مرض موته ، فتأخذ حكم الوصية وتطبق على هذه الزيادة أحكامها ، فتكون نافذة اذا كانت لا تزيد عن الثلث فإذا زادت توقفت الزيادة على موافقة باقى الورثة تنفيذا لقـــانون الوصية الحالى الذى سوى بين الوارث وغير الوارث وجعل الوصية لهما نافذة فى حدود الثلث •

وكما جاز للزوج الزيادة فى مهر زوجته ، يجوز للزوجة أيضا الحط من مهرها ، بعد أن يسمى المهر فى العقد تسمية صحيحة ، يراعى فيها حق الشارع ، وحق الولى ، وذلك لما قلناه من أن المهر بعد إنشاء

العقد يصبح خالص حـق الزوجة . تملـك التصرف فيه بكل أنواع التصرفات . ومن ذلك إبراء زوجها منه كله أو بعضه .

ويشترط لذلك أيضا :

١ ــ أن تكون المرأة أهلا للتبرع

٢ ــ أن يكون المهر مثليا لا يتعين بالتعيين ، كالنقود والمكيلات والموزونات . فاذا كان المهر كذلك وأبرأته منه أو من بعضه اشترط ألا يرد الزوج هذا الابراء . بمعنى أن يقبل صريحا أو أن يسكت عن القبول والرد . فإذا ما رد صراحة لم يصح الابراء . لأن الابراء ــ وإن كان ينعقد فى المذهب الحنفى بإرادة واحدة هى ارادة المبرىء ــ يرتد بالرد . لأن من الناس من لا يتحمل منه العطية . وبخاصة فى مهر الزوجة . وفى الابراء معنى العطية .

أما إذا كان المهر معينا كما إذا تزوجها على منزل معين أو عشرة أفدنة معلومة ، فان طريق التنازل عنها للزوج ليس هو الابراء الذى يكون فى الديون التى تتعلق بالذمة . وإنما طريق ذلك هو الهبـة ، ويشترط حينئذ قبول الزوج تلك الهبة صراحة . ولا يكفى فى ذلك عدم الرد الذى يكتفى به فى الابراء .

٩٢ ــ ونبين بعد ذلك حكم زيادة الأب أو الجد فى مهر الصغير والصغيرة وحكم الحط منه :

يجوز للأب الذى لم يعرف بسوء الاختيار ومثله الجد الصحيح ، أن يزيد فى مهر القاصر . لجريان العرف على تقديم الهدايا من الزوج وأوليائه إلى الزوجة ، وهذه الزيادة فى حكم الهبة والهدية . ولأن للأب أو الجد أن يزوجا الصغير بأكثر من مهر المثل ابتداء . فيكون لهما

أيضا حق الزيادة فيه بعد العقد ، لتساوى الزيادتين . فى أن هناك مصلحة القاصر فيهما حتما ، أما غير هذين من الاولياء فلا يملك الزيادة لضعف الشفقة أو لضعف الرأى .

ولا يجوز للأب ولا الجد أن يحطا من مهر الصغيرة ، لعدم جريان العرف بذلك ، ولتعير المرأة وأوليائها بهذا الحط ، ولا يمكن اعتبار ذلك هدية للزوج ، لأن العرف أيضا لم يجر بمثل هذه الهدايا ، وقياس الحط من مهر الصغيرة بعد العقد على تزويجها بأقل من مهر المثل ابتداء، حتى يكون جائزا مثله ، يمنع منه العرف الذى لم يجر به كما قلنا .

مؤكدات وجوب المهر كاملا :

٩٣ — بينا فيما سبق أن العقد الصحيح يجب به المهر المسمى تسمية صحيحة أو يجب مهر المثل ، أو يجب الحد الادنى للمهر ، تبعا لاختلاف الحالات السابقة ، وقلنا : إن هذا الوجوب الذى يثبت بمجرد العقد الصحيح وجوب غير مستقر ، بمعنى ، أن المهر مع وجوبه يكون قابلا للسقوط كله أو بعضه لعارض من العوارض التى سنبينها .

ولكى يتأكد وجوب المهر كاملا لابد من تحقق أمر آخر من أمور ثلاثة [1] وهى :

---

(١) يوافق الامام احمد على ما ذهب اليه الاحناف من المؤكدات الثلاثة ، ويرى فوق ذلك أن كل أمر يفعله الزوج مع زوجته استيفاء لاحكام الزواج ، كالنظر اليها بشهوة أو لمسها بشهوة أيضا أو تقبيلها يؤكد وجوب المهر أيضا ، ولو كان قد حصل علنا ، لأن استيفاءه لهذه الحقوق يؤكد حقها فى المهر كالدخول الحقيقى والخلوة .

١ ـ الدخول الحقيقى .

٢ ـ الخلوة الصحيحة وتسمى الدخول الحكمى .

٣ ـ الموت .

وإنما تأكد وجوب المهر فى هذه الحالات الثلاث . لأنه فى حالة الدخول الحقيقى قد استوفى الزوج مقصوده من الزواج . فكان من حقها أن تأخذ مهرها كاملا بعد ذلك ، ومثل الدخول الحقيقى فى ذلك مظنته وهى الخلوة الصحيحة بالزوجة ، لأن الزوجة فيها تكون قد سلمت نفسها له تسليما يمكنه معه استيفاء مقصوده من الزواج ، وهذا هو ما تملكه . وسكوته عن تنفيذ غرضه من الزواج لا مدخل لها فيه ، فيتأكد المهر كاملا حينئذ أيضا .

ويرى الامام الشافعى وداود الظاهرى أن الخلوة لا تؤكد المهر مطلقا . ولا يؤكده الا الدخول الحقيقى ، أو الموت ، ويرى الامام مالك أن الخلوة لا تؤكد المهر الا اذا كانت خلوة بناء بعد زفاف الزوجة الى زوجها وكانت قد استمرت مدة طويلة أقلها سنة ، فان هذه المدة الطويلة تقوم مقام الدخول الحقيقى فى تأكيد المهر ، ولو لم يحصل فيها مباشرة فعلية ، ويقول ابن رشد : اتفق العلماء على أن الصداق يجب كله بالدخول أو الموت . أما وجوبه كله بالدخول ، فلقوله تعالى : « وان أردتم استبدال زوج مكان زوج وآتيتم احداهن قنطارا فلا تأخذوا منه شيئا . اتأخذونه بهتانا واثما مبينا ، وكيف تأخذونه وقد أفضى بعضكم الى بعض ، وأخذن منكم ميثاقا غليظا » وأما وجوبه بالموت فللاجماع على ذلك . واختلفوا فى الخلوة التى يعبر عنها بارخاء الستور ، فقال مالك والشافعى وداود : لا يجب فيها الا نصف المهر ، وقال أبو حنيفة : يجب المهر بالخلوة نفسها الا أن يكون محرما او مريضا أو صائما فى رمضان أو كانت المراة حائضا . وقال ابن أبى ليلى : يجب المهر كله ولم يستثن من ذلك شيئا (بداية المجتهد جـ ٢ ص ٢١ بتصريف وتلخيص) .

أما تأكد المهر بموت أحد الزوجين قبل الدخول وقبل الخلوة ، فلأن الموت قد أنهى الزواج بينهما ، والشيء اذا ما انتهى تتقرر أحكامه كاملة ، ومن أحكام الزواج المهر ، هذا فضلا عن أن مسقطات المهر كله أو بعضه التي جاءت بها الشريعة ، إنما تكون في الفرقة قبل الدخول حال حياة الزوجين ، وبحصول الدخول الحقيقي أو الحكمي أو الموت يمتنع وجود شيء منها .

الدخول الحقيقي والخلوة الصحيحة :

٩٤ - ويقصد بالدخول الحقيقي الاتصال الجنسي بين الزوج وزوجته ، **أما الدخول الحكمي وهو الخلوة الصحيحة** ، فيكون باجتماع الزوجين بناء على عقد زواج صحيح في مكان يأتمنان فيه من اطلاع الغير عليهما ومن دخوله بلا استئذان ، ودون أن يكون هناك مانع يمنع من الدخول الحقيقي .

فيشترط لصحة الخلوة وترتب الآثار عليها (١) : أن تكون بعد عقد زواج صحيح ، فإذا كانت الخلوة بعد عقد زواج فاسد كانت فاسدة .

(٢) وألا يوجد مانع حقيقي ، ولا مانع طبيعي ، ولا مانع شرعي ، يمنع من مباشرة الزوج لزوجته ، وإلا كانت خلوة فاسدة أيضا .

والمانع الحقيقي هو أن يوجد بالزوجة ما يمنع الدخول بها كصغرها أو مرضها مرضا مانعا من الاتصال بها أو وجود عيب خلقي بها . فان الخلوة مع من يتحقق فيها وصف من هذه الاوصاف لا تكون صحيحة ، لعدم إمكان الدخول الحقيقي .

والمانع الطبيعي أن يوجد مع الزوجين شخص آخر سواء أكان في صحوته أو في نومه ، وسواء أكان مبصرا أم كان أعمى ، وسواء أكان

بالغا أم كان صبيا يعقل . لان وجود هؤلاء يمنع من مباشرة الزوج لزوجته بمقتضى الطبع ، وهذا ظاهر فى الصاحى والمبصر والكبير . أما النائم فانه قد يكون متناوما أو يصحو فجأة . وأما الاعمى فانه يسمع ويحس . وأما الصغير الذى يدرك المباشرة الزوجية ففى حكم الكبير أيضا . فاذا كان صغيرا لا يدرك لهذه المباشرة معنى ، فان وجوده لا يمنع من صحة الخلوة .

و المانع الشرعى أن يكون الزوجان أو أحدهما فى حالة تمنعه شرعا من الاتصال بزوجته كصوم رمضان والاحرام بالحج إلى بيت الله الحرام . وكون الزوجة (١) حائضا أو نفساء . فان الاتصال بالزوجة فى هذه الحالات حرام شرعا ، والاصل حمل حال المسلم على الصلاح(٢) فتكون هذه الامور مفسدة للخلوة .

الاحكام المشتركة بين الدخول الحقيقى والخلوة الصحيحة :

٩٥ ـ ويشترك كل من الدخول الحقيقى والخلوة الصحيحة فى الامور التالية :

١ ـ تأكد جميع المهر للزوجة (٣) .

---

(١) ويمكن اعتبار حيض الزوجة ونفاسها مانعا أيضا لأن الطبع السليم يمنع من الاتصال بالمرأة فى هذه الحالة .

(٢) وقد استحسن بعض الفقهاء وجوب العدة فى الفرقة التى تكون بعد الخلوة الفاسدة لمانع شرعى احتياطيا ، فليس كل الناس يمتثلون الاوامر الدينية ، بخلاف المانع الحقيقى والطبيعى ، فان الدخول لا يتحقق .

(١) وقد ذهب مشروع القانون الموحد الى عدم اعتبار الخلوة الصحيحة مؤكدة لوجوب المهر ، وبينت مذكرته الايضاحية أنه مراعاة للاوضاع الاجتماعية وما هو أقرب الى العدل والمصلحة . واستنادا الى فقه الشافعى ومالك ، ونظرا لأن السبب الاصلى لاستقرار جميع المهر انما

٢ — وجوب العدة على الزوجة بعد الفرقة (١) .

٣ — ويجب تبعا لوجوب العدة نفقتها فى تلك العدة من طعام وكسوة وسكنى (٢) ،وحرمة التزوج بأحد محارمها حتى تنتهى العدة ، وحرمة التزوج بغيرها مدة العدة إذا كان فى عصمته ثلاث غيرها .

٤ — ثبوت النسب . مع ملاحظة أن ثبوت النسب فى الحقيقة أثر

=

هو الدخول الفعلى أى المباشرة الجنسية ، باتفاق الفقهاء ، وانما أقام الخلوة الصحيحة من أقامها مقام الدخول على سبيل الاحتياط باعتبار الخلوة مظنة الدخول ، ونظرا لأن هذا الاحتياط من المذهب الحنفى ومن وافقه باقامة الخلوة مقام الدخول الحقيقى وهو الوطء قد أصبحت له فى هذا العصر مشكلات كثر وقوعها ، واصبح مجالا للاستغلال . ولكثرة خلوة العروسين بعد العقد قبل الزفاف على سبيل الزيارة والتنزه مما فشا فى عادات الناس ولم يكن موجودا من قبل ، تقرر أن الدخول هو الذى يؤكد المهر دون الخلوة ، وأن الزفاف يعتبر دليلا على الدخول ، ولا يقبل اثبات العكس الا بالاقرار أو بقاء الزوجة على بكارتها اذا كانت بكرا ، ولكن لجنة المراجعة لم ترد ذلك ، وأبقت الخلوة الصحيحة مؤكدة للمهر فى المادة ٤٩ ، ولكل من الرأيين سنده الفقهى .

(١) وهل معنى وجوب العدة فى الطلاق بعد الخلوة ، كما تجب فى الطلاق بعد الدخول ، أنها تجب فى حالة الخلوة وجوبا قضائيا ووجوبا دينيا كما تجب فى حالة الدخول ، أم أن الوجوب فى حالة الخلوة هو وجوب قضائى فقط ، لاعتماد القضاء على الظاهر دون الباطن ، وليس وجوبا دينيا ؟ الظاهر هو الوجوب القضائى فقط وهو ما ذهب اليه الفقهاء ، ونقله ابن نجيم عن العتابى ، على هذا لو كان أمر هذه العدة محل نظر القضاء حكم بوجوبها ، أما اذا كانت محل النظر الدينى والفتوى، فان هذه العدة لا تجب على من طلقت بعد الخلوة الصحيحة مع التيقن بعدم المباشرة وقت الخلوة ، ويحل لهذه المطلقة أن تتزوج من غير أن تعتد ، لأن طلاقها طلاق قبل الدخول حقيقة ، فلا يجب فيه عدة .

(٢) يضاف الى ذلك ما أوجبه القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ على ما يأتى بيانه عند الكلام فى النفقة .

من آثار العقد الصحيح ، وليس أثرا للدخول أو الخلوة فى المذهب الحنفى ، كما سيأتى عند الكلام على ثبوت النسب .

٥ ــ وقوع الطلاق البائن وهى فى العدة ، وقد كان الاصل ألا يقع الطلاق البائن على المعتدة من طلاق قبل الدخول الحقيقى وبعد الخلوة الصحيحة ، لأن الطلاق الاول فى هذه الحالة بائن ، والطلاق البائن لا يلحقه طلاق بائن ، ولكن استثنيت هذه الحالة من تلك القاعدة احتياطا .

الاحكام التى تختلف فيها الخلوة والدخول :

٩٦ ــ تختلف أحكام الخلوة عن أحكام الدخول فى الامور الآتية :

١ ــ الإحصان ــ فإن الاحصان الذى يشترط فى رجم الزانى يتحقق بالدخول الحقيقى بالزوجة . فمن زنى بامرأة بعد الدخول بزوجته استحق أقصى العقوبة وهى الرجم ، بخلاف ما إذا زنى بامرأة بعد الخلوة الصحيحة بامرأته . فانه لا يستحق الرجم ، وإنما يعاقب بالجلد ، وذلك أن الاحصان يتحقق بالزواج والدخول الحقيقى بالزوجة والخلوة الصحيحة لا تقوم مقام الدخول الحقيقى فى هذا الشأن . لأن الحدود تدرأ أى تمنع بالشبهات ، وفى حالة الخلوة الصحيحة لا يتيقن من تحقق شرط الرجم وهو الدخول الحقيقى .

٢ ــ حرمة الزواج بالربائب ، فإن الزواج بالربيبة وهى بنت الزوجة إنما يكون حراما إذا حصل الدخول الحقيقى بالام اتباعا للنص القرآنى الوارد فى ذلك وهو قوله تعالى : « وربائبكم اللاتى فى حجوركم من نسائكم اللاتى دخلتم بهن فان لم تكونوا دخلتم بهن

فلا جناح عليكم » فمن تزوج بامرأة واختلى بها فقط ثم طلقها بعد ذلك . لا يحرم عليه الزواج ببنتها بعد أن تنتهى عدتها •

٣ — حل المطلقة ثلاثا لمطلقها ، حيث يشترط فى ذلك أن يدخل بها الزوج الثانى دخولا حقيقيا ، ثم يطلقها أو يموت عنها . وتنتهى عدتها. فلو تزوجها الثانى واختلى بها خلوة صحيحة مجردة من الدخول الحقيقى ، لم تحل للاول بعد طلاقها وانتهاء عدتها من الثانى . وذلك لأن النصوص الشرعية قد اشترطت فى حلها لزوجها الاول تحقق الدخول بها من الزوج الثانى •

٤ — الرجعة ، إذ يعتبر الدخول الحقيقىّ بالمعتدة من طلاق رجعى مراجعة فعلية من المطلق . بخلاف الخلوة الصحيحة بها فانها لا تعتبر مراجعة لها •

٥ — وصف الطلاق ، فإن الطلاق الصريح بعد الدخول الحقيقى يكون طلاقا رجعيا إلا إذا كان مكملا لثلاث ، أو كان طلاقا على مال . أما الطلاق بعد الخلوة فقط ، فإنه يكون بائنا •

٦ — الميراث ، فان المطلقة بعد الدخول الحقيقى يكون طلاقها رجعيا على الوجه الذى بيناه فى الفقرة السابقة . فاذا مات أحدهما فى العدة ورثه الآخر ، لبقاء الزوجية حكما فى الطلاق الرجعى ، بخلاف المطلقة بعد الخلوة الصحيحة ، فان طلاقها يكون بائنا ، يقطع الزوجية القائمة بينهما . فاذا مات أحدهما فى العدة لم يرثه الآخر •

٧ — البكارة ولثيوبة ، فإن من تطلق من زوجها بعد دخول حقيقى تكون ثيبا تزوج بعد ذلك زواج الثيبات ، أما من تطلق بعد الخلوة فإنها تزوج زواج الابكار ، لكونها بكرا حقيقة •

إثبات الخلوة :

٩٧ — تثبت الخلوة بمصادقة الزوجين أى باتفاقهما عليها ، أو بالبينة . فإن اختلفا فى حصولها ولم تكن هناك بينة . وادعت الزوجة أن لها المهر كاملا لاختلائه بها ، وأنكر الزوج ذلك ، فالقول قول الزوجة مؤيدا بيمينها التى تحلفها ؛ لأن دعواها موافقة للاصل فى المهر . وهو ثبوته كاملا فى ذمة زوجها بالعقد ، والقول قول من يشهد له الظاهر .

المـوت :

٩٨ — وهو مؤكد لوجوب المهر سواء أكان الميت هو الزوج (١) أو الزوجة ، وسواء أكان موتا طبيعيا أم بقتل أجنبى لواحد منهما أم بقتل أحدهما الآخر ، أم انتحارا بقتل أحدهما لنفسه فى مذهب أبى حنيفة وأبى يوسف ومحمد .

أما الموت الطبيعى ، فالامر فيه ظاهر ، وقد سبق توضيحه ، وكذلك الموت بقتل الاجنبى ، إذ لا دخل لاحد الزوجين فيه .

---

(١) وقد روى معقل بن سنان فى بروع بنت واشق الاشجعية الصحابية أن زوجها توفى عنها قبل أن يدخل بها ، وقبل أن يفرض لها صداقا ، فقضى لها رسول الله — ﷺ — بمثل مهر نسائها ، وذلك يدل على أن الموت مؤكد للمهر ، كما يدل عليه قياس الموت على الدخول ، فكما تجب العدة فى كل منهما يجب المهر أيضا .

وقد رجح المذهب الحنفى العمل بهذا الحديث المؤيد بهذا القياس ، مع معارضة قياسين آخرين له :

أحدهما : قياس الموت على الطلاق قبل الدخول الذى يوجب تنصف المهر .

وثانيهما : قياسه على هلاك المبيع قبل القبض الذى يوجب سقوط المهر كله ، كما يسقط الثمن فى البيع .

أما قتل أحدهما للآخر : فإما أن يكون القاتل هو الزوج ، فيجب المهر أيضا ، وجنايته عليها لا تكون سببا فى سقوط المهر عنه وانتفاعه بذلك . ولا خلاف لأحد من الفقهاء فى هذه الاحول السابقة . وإما أن يكون القاتل هو الزوجة ، فيجب لها المهر أيضا عند أئمة المذهب الحنفى الثلاثة ، لانتهاء عقد الزواج وتقرر أحكامه • وقد خالف فى ذلك زفر من الاحناف ، والشافعى ، ومالك وأحمد ، ولم يروا وجوب المهر لها ، لأن موت زوجها كان بسبب قتلها له ، والقتل جناية لا يستفيد منها الجانى ، ولا يتأكد بها حقه • وقياسا على الميراث ، فإنه مع كونه حكما من أحكام الزواج ، قد حرمها الشارع منه لجنايتها على زوجها ، فكان حرمانها من المهر أيضا أحق وأولى ، وقياسا على ردتها ، فإنها إذا ارتدت قبل الدخول سقط مهرها كله ، لأنهـا قد أنهت الزواج بمعصية ، والمعصية متحققة أيضا فى قتلها لزوجها •

بقى بعد ذلك أن يكون موت الزوج بقتله لنفسه أى بانتحاره ، فيجب المهر أيضا باتفاق الائمة ، لأن زوجته لا دخل لها فى جنايته على نفسه ، حتى يسقط مهرها •

وبقى أيضا الصورة الاخيرة وهى أن تقتل نفسها ، فإنها تستحق المهر أيضا ويكون لورثتها فى رأى جمهور الفقهاء خلافا لزفر ، فإنه يرى أن قتلها لنفسها جناية منها ومعصية كالارتداد ، وقد ضيعت به على الزوج حقه فى الحياة الزوجية فيسقط جميع مهرها •

ويتلخص مما سبق أن أستحقاق الزوجة لجميع المهر بالموت محل اتفاق من الفقهاء فى جميع الصور ، الا فيما اذا قتلت نفسها فقد خالف فى ذلك زفر ، أو إذا قتلت زوجها فقد خالف فيه الائمة الثلاثة وزفر أيضـا •

ورأى الائمة الثلاثة وزفر فيما إذا قتلت زوجها ظـاهر القوة والرجحان ، لأن حرمان الشارع لها من الميراث ، لا يتفق معه إثبات المهر لها . وكل منهما حكم من أحكام من أحكام عقد الزواج • ثم إنها تتبرم بالحياة الزوجية قبل الدخول ، فتزيلها بقتل زوجها ، فكيف تنعم بمهر من هذه الحياة التى تبرمت بوجودها ؟ إن ذلك غير معقول فى ذاته . وليس من العدل فى شىء (١) •

وجوب نصـف المهر :

٩٩ ـ يجب نصف المهر للزوجة ويسقط نصفه ، إذا كان الزواج صحيحا ، وكانت تسمية المهر صحيحة ، ثم طلق الزوج زوجته قبـل الدخول أو الخلوة . أو حصلت الفرقة بينهما قبل الدخول والخلوة أيضا بسبب من قبل الزوج لقوله تعالى : « وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة ، فنصف ما فرضتم ، إلا أن يعفون أو يعفو الذى بيده عقدة النكاح ، وأن تعفوا أقرب للتقوى ؛ ولا تنسوا الفضل بينكم » فقد بينت هذه الآية حكم الطلاق قبل الدخول الحقيقى أو الحكمى ، وأن الواجب فيه نصف المهر المسمى (٢) ، ويقاس عليه

---

(١) الاستاذ الشيخ محمد ابو زهرة (الاحوال الشخصية ص ١٩٠)

(٢) ومنطق ايجاب نصف المهر فى هذه الحالة اننا اذا نظرنا الى الطلاق باعتباره قد حصل قبل استيفاء المقصود من الزواج ، لم نوجب شيئا من المهر ، لأن المعقود عليه وهو الزوجة بحالته التى كان عليها قبل العقد . واذا نظرنا اليه باعتبار آخر وهو أنه قد حصل من الزوج . ولا دخل للمرأة فيه ، وأنه الذى لم يرض باستيفاء غرضه من الزواج ، أوجبنا المهر جميعه . فكان من حكمة الشارع ايجاب نصف المهر فقط ، عملا بهذين النظرين والاعتبارين . يضاف الى ذلك أن اعطاء الزوجة نصف المهر فيه تسريح جميل باحسان ، والله سبحانه وتعالى قد أمر

=

كل فرقة من قبل الزوج سواء أكانت الفرقة طلاقا أم فسخا . فيدخل فى ذلك الفرقة بسبب ارتداد الزوج المسلم عن الاسلام ، والفرقة بسبب امتناعه عن الاسلام بعد إسلام زوجته ، والفرقة بسبب اقتراف الزوج مع إحدى أصول زوجته أو إحدى فروعها ما يوجب حرمة المصاهرة .

ويستثنى من هذا الحكم الفرقة التى تكون بسبب خيار بلوغ الزوج أو إفاقته فى الحالة التى يثبت فيها ، فان المهر يسقط كله كاملا لا نصفه، لأن هذه الفرقة فسخ للعقد فسخا كاملا يعتبر العقد معها كأن لم يكن، ولأن إيجاب نصف المهر عليه فى هذه الحالة يجعل حق خيار البلوغ أو الافاقة الثابت له حقا لا فائدة منه ، فان تخلصه من الزوجة كان ممكنا عن طريق الطلاق الذى يوجب نصف المهر ، فلم يكن لخيار البلوغ أو الافاقة فائدة ممكنه إلا إسقاط المهر .

وقد ذكرنا أن المهر الذى ينصف هو الذى يكون مسمى تسمية صحيحة فى العقد الصحيح ، أما المهر الذى يسمى فى العقد الفاسد ، فانه لا ينصف بالفرقة قبل الدخول ، لأنه لا يترتب على العقد فى ذاته شىء ، والعقد الصحيح الذى لم يسم فيه مهر أو سمى فيه تسمية

=

بذلك فى قوله : « وسرحوهن سراحا جميلا » وقوله : « أو تسريح بإحسان » ، ولهذا رغبت الشريعة فى اعطاء الزوجة النصف الباقى ليكون لها المهر كاملا تطييبا لخاطرها ، وتعويضا عما أصابها من جرح أدبى بتطليقها قبل الدخول ، فجاء قوله تعالى : « وأن تعفوا أقرب للتقوى ، ولا تنسوا الفضل بينكم » .

فاسدة ، لا يجب بالطلاق قبل الدخول فيه نصف المهر ، وإنما تجب المتعة وسيأتى بيانها .

والزيادة التى تكون من الزوج بعد العقد لا يجب نصفها ، فلو كان مهر الزوجة المسمى فى العقد مائة ثم زادها بعد ذلك خمسين ، ثم طلقها قبل الدخول والخلوة ، كان الواجب لها خمسين فقط هى نصف المسمى فى العقد ، لا خمسة وسبعين ، لعدم احتساب الزيادة فى التنصيف ، وهذا عند أبى حنيفة ومحمد وأبى يوسف فى قوله الاخير ، لأن المقصود من قوله تعالى : « فنصف ما فرضتم » المفروض وقت العقد . لأنه هو الذى جرى به العرف ، خلافا للشافعى ومالك وأبى يوسف فى رأيه الاول ، فانهم يرون احتساب الزيادة بعد العقد فى التنصيف ، لأنها قد فرضت فدخل فى قوله تعالى : « فنصف ما فرضتم» ولا عبرة لكون الزيادة كانت بعد العقد ، مادامت قد التحقت بأصل المهر باتفاقهم ، وكما وجبت الزيادة كاملة بالدخول يجب نصفها بالطلاق قبـــله .

ويتلخص لنا مما سبق أن استحقاق الزوجة لنصف المهر المسمى يشترط فيه ثلاثة شروط :

١ — أن يكون عقد الزواج صحيحا .

٢ — أن يكون المهر قد سمى فى العقد ذاته تسمية صحيحة .

٣ — أن تكون الفرقة قبل الدخول الحقيقى والحكمى بسبب من قبل الزوج ، سواء أكان طلاقا أم فسخا ، باستثناء فرقة خيار البلوغ أو الافاقة .

وجوب المتعة (١) :

١٠٠ — تجب (٢) المتعة لكل مطلقة قبل الدخول أو الخلوة ، إذا كان عقد زواجها صحيحا ، ولم يسم فيه مهرها تسمية صحيحة . سواء أسمى لها مهرا بعد ذلك أم لم يسم .

والدليل على وجوب المتعة فى هذه الحالة قوله تعالى : « لا جناح عليكم إن طلقتم النساء ما لم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة ، ومتعوهن على الموسع قدره وعلى المقتر قدره ، متاعا بالمعروف ، حقا على المحسنين » وإنما وجبت المتعة حينئذ ، لأن هذه المطلقة لم يسم لها مهر وقت العقد حتى ينصف ، وتأخذ المطلقة نصفه تعويضا لها ، فوجب تعويضها بهدية لازمة تعادل نصف مهر مثلها .

والمتعة فى الاصل كسوة كاملة للمرأة مما تلبسه عند الخروج ، ولقيمتها حد أدنى وحد أعلى ، فحدها الادنى ألا تقل قيمتها عن خمسة دراهم ، لأنها بدل عن نصف المهر ، وحدها الادنى عشرة دراهم ، وحدها الاعلى هو نصف مهر المثل ، لأن ما يجب بالعقد فى هذه الحالة هو مهر المثل ، فيكون نصفه هو الحد الاعلى ، وليس معنى هذا أنه لا يصح تجاوز هذا القدر ، بل يصح ذلك ويكون تبرعا من المطلق وتسريحا باحســان .

وقد اختلف فى أساس تقدير المتعة ، وهل هو حال الزوج فقط ، أو حال الزوجة فقط ، أو حال الزوجين معا ؟ وبكل واحدة من هذه الآراء قال بعض الفقهاء :

---

(١) المتعة فى اللغة ما ينفع ويتمتع به ، ومنه قوله تعالى : « وما الحياة الدنيا الا متاع الغرور » .

(٢) خالف الامام مالك فى ذلك وذهب الى استحبابها لا الى وجوبها.

أما اعتبار حال الزوج فلقوله تعالى : « ومتعوهن ، على الموسع قدره ، وعلى المقتر قدره » مما يدل دلالة واضحة على اعتبار حال الزوج •

وأما اعتبار حال الزوجة فقط فهو مقتضى القياس ، لأن المتعة بدل عن نصف مهرها ، فتكون حالتها أساس تقدير المتعة ، لأنها أساس تقدير الاصل وهو مهر المثل •

وأما اعتبار حال الزوجين ، فعملا بالدليلين السابقين ، ولأن اعتبارها بحال الزوج فقط يترتب عليه التسوية بين الغنية والفقيرة فى المتعة وهى الكسوة ، وهذا مناف لما جرى به العرف ، وكذلك اعتبارها بحال الزوجة فقط قد يكون فيه إضرار بالزوج إذا ما كانت الزوجة موسرة وكان الزوج معسرا ، وإن الآية التى أوجبت المتعة تدل على هذا ، حيث لم تقتصر على قوله تعالى : « ومتعوهن ، على الموسع قدره ، وعلى المقتر قدره » بل زادت بعد ذلك أمرا آخر وهو الاحتكام إلى العرف أيضا بقوله تعالى : « متاعا بالمعروف » •

ولا يلزم أن تكون المتعة ثيابا بل يجوز أن تكون نقودا أو غير ذلك مما يساوى قيمتها •

١٠١ — هذه هى المتعة الواجبة فى المذهب الحنفى . وهناك حالات أخرى تستحب فيها المتعة • وهى الحالة التى يكون فيها الطلاق بعد الدخول فى عقد صحيح سميت فيه تسمية صحيحة للمهر . والحالة التى يكون فيها الطلاق بعد الدخول فى عقد صحيح . ولم تكن هناك تسمية صحيحة للمهر . واستحبابها فى هاتين الحالتين جاء من قوله

تعالى : « فامساك بمعروف أو تسريح باحسان » والمتعة من التسريح والمفارقة باحسان .

وقد أوجب الشافعى (١) المتعة لجميع المطلقات فى جميع الاحوال. استدلالا بقوله تعالى : « وللمطلقات متاع بالمعروف حقا على المتقين» وهو يعم كل مطلقة قبل الدخول وبعده ، سمى لها مهرا أم لم يسم ، واستدلالا بقوله تعالى : « أو تسريح بإحسان » فقد فسر هذا الاحسان بالمتعة ، وجعلها واجبة ، لتعبير الآية الاولى عنها بكونها حقا أى واجبا على المتقين .

وقد كان المعمول به هو المذهب الحنفى إلى أن صدر القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ فنصت مادته ١٨ مكررا على أن « الزوجة المدخول بها فى زواج صحيح ، إذا طلقها زوجها دون رضاها ولا بسبب من قبلها تستحق فوق نفقة عدتها متعة تقدر بنفقة سنتين على الاقل وبمراعاة حال المطلق يسرا وعسرا وظروف الطلاق ومدة الزوجية ، ويجوز أن يرخص للمطلق فى سداد هذه المتعة على أقساط » .

وهذا الحكم يرجع إلى رغبة جيهان رءوف التى سمت نفسها جيهان السادات على طريقة الاوربيين والتى استطاعت أن تعثر على الشيخ جاد الحق على جاد الحق وهو مفتش بالمحاكم ، ويتطلع إلى مناصب دنيوية نالها بعد ذلك ، لذلك فصاغه استجابة لها بهذه الصورة التى نلاحظ عليها ما يلى :

---

(١) وهو مروى عن سعيد بن جبير وأبى العالية والزهرى (تفسير الكشاف للزمخشرى) .

أولا : أن المتعة التى سبق أن قلنا إنها فى الاصل كسوة كاملة للمرأة مما تلبسه عند الخروج وأن حدها الاعلى هو نصف مهر المثل لم يعد لها حد أعلى فاذا كان حدها الادنى مقدار نفقة سنتين ، فانه يجوز القاضى أن يحكم بمتعة بمقدار نفقة عشرات السنين طبقا لهذا القانون •

ثانيا — أنه يغنى عنها ما شرعه الله سبحانه من تأجيل المهر كله أو بعضه الى حين الطلاق بحسب اتفاق الزوجين ، كتأمين للمرأة ، وكقيد مالى على حرية الزوج فى الطلاق ، وهو ما كان يجرى عليه العرف ، الذى بدأ بعض الناس يتركه ، لوجود هذه المتعة •

ثالثا — أن هذه المتعة العجيبة والغريبة والتى لم يسبق لهـا مثيل فى تاريخ الفقه الاسلامى مشروطة بأن يكون الطلاق بغير سبب من الزوجة ، فمن طلق زوجته لأنه رآها مثلا أو ثبت له أنها ارتكبت الفاحشة يجد نفسه بين أمرين أحلاهما مر : ألا يذكر هذا السبب سترا عليها وعلى أهلها وعلى ما يكون له من أولاد منها . فيعاقب بعقوبة المتعة ، أو أن يذكر السبب ويثبته ويفضحها ويفضح نفسه وأولاده فيعفى من هذه العقوبة •

سقوط جميع المهر :

١٠٢ — يسقط المهر جميعه سواء أكان هو المهر المسمى أم كان مهر المثل فى الحالتين التاليتين :

أولاهما : إذا وقعت الفرقة من قبل الزوج قبل الدخول الحقيقى أو الحكمى بسبب استعماله لحقه فى خيار البلوغ أو الافاقة . وقد أشرنا إلى ذلك فيما مضى •

ثانيهما : إذا وقعت الفرقة قبل الدخول الحقيقى أو الحكمى بسبب من قبل الزوجة سواء أكان سبب الفرقة مشروعا ، كما إذا اختارت نفسها عند البلوغ أو الافاقة فى الحالات التى يثبت لها ذلك ، أو كان غير مشروع ، كارتدادها عن الدين الاسلامى وإباء الزوجة المشركة اعتناق الاسلام أو أى دين سماوى آخر بعد أن أسلم زوجها ، وفعلها مع أحد أصول زوجها أو فروعه ما يوجب حرمة المصاهرة .

وإنما سقط المهر فى هذه الحالة الاخيرة ، لأن الفرقة قد جاءت من قبلها ، وقد فوتت على الزوج استيفاء مقصوده من النكاح . فلا يجب لها شىء من المهر (١) .

قبض المهر :

١٠٣ — تتولى الزوجة الكاملة الاهلية قبض مهرها بنفسها أو بوكيل عنها . فاذا كانت الزوجة قاصرا تولى قبضه وليها المالى ، سواء أكان هو ولى النفس الذى يتولى تزويجها أم لم يكن ، فاذا كان الذى تولى عقد المرأة المعتوهة هو أخوها ، وكان لها وصى معين على مالها ، فان الذى يتولى قبض المهر هو الوصى ، وليس للاخ حق فى ذلك ، إلا إذا وكله الوصى .

وإذا كان المهر كله أو بعضه معجلا ، وجب على الزوج إيفاء هذا المعجل لزوجته ، فان امتنع عن ذلك لم تجب عليها الطاعة .

---

(١) هذه هى الحالات التى يسقط فيها جميع المهر بحكم الشرع ، وهو يسقط كما بينا فى أحوال أخرى لا بحكم الشرع ، بل بارادة الزوجة وابرائها لزوجها من مهرها ، أو هبته له أو مخالعته عليه .

ولقد اختلف فقهاء المذهب الحنفى فيما اذا دخل الزوج بزوجته ، أو اختلى بها برضاها • قبل أن يؤدى إليها معجل المهر ، ثم أرادت أن تمتنع عنه بعد ذلك حتى يوفيها هذا المعجل •

فذهب أبو حنيفة إلى أن لها ذلك . لأن رضاها بالعشرة معه قبل استيفاء المعجل فى الزمن الماضى . لا يسقط حقها فى المطالبة به فى المستقبل • وذلك كمن ترضى بالمعيشة مع زوجها دون اتفاق فى زمن ، لا يكون ذلك إسقاطا لنفقتها المستقبلة •

وذهب الصاحبان إلى أن قبولها للدخول بها أو الخلوة قبل استيفاء معجل الصداق قرينة على إسقاط حقها فى التعجيل . وإذا سقط هذا الحق لم يعد بعد ذلك ، ولم يكن لها الحق فى الامتناع عن طاعته ، لأن الساقط لا يعود •

كما اختلفوا فيما إذا كان المهر كله مؤجلا إلى وقت معين . هل يجوز للزوجة الامتناع عن الطاعة حتى يوفيها هذا المهر فى وقت حلول أجله ؟ •

قال أبو يوسف بذلك ، لأن حق الزوج فى طاعة زوجته ، لا يكون الا بعد ايفائها المهر . واشتراط الزوج لتأجيل المهر كله وهو حق الزوجة يعتبر رضاً بتأجيل حقه فى طاعتها له ، حتى تستوفى حقها •

وذهب الطرفان : أبو حنيفة ، ومحمد ، إلى وجوب طاعة الزوج على الزوجة رغم تأجيل المهر . لأن الزوج لم يؤجل تنفيذ حقوقه فى عقد الزواج . وتأجيلها هى لاستيفاء مهرها لا دلالة فيه على تأجيل الزوج لاستيفاء حقه فى الطاعة •

وهذا الخلاف الذى جرى بين الائمة مقصور على حالة تأجيل المهر كله . أما إذا اشترط تعجيل بعضه وتأجيل بعضه ، فليس للزوجة الحق فى الامتناع عن الطاعة حتى تستوفى المؤجل ، لأن تعجيل بعض المهر يدل على أن الزوج لم يؤجل حقه فى طاعة زوجته ، بل يرغب فى استيفاء حقه عليها ، بدلالة هذا التعجيل ، وقد جرى عرف الناس على هذا •

وواضح أن هذا الخلاف لا يجرى بين الائمة إذا كان المهر كله مؤجلا إلى أقرب الأجلين : الموت أو الطلاق ، وليس للزوجة الامتناع عن طاعه زوجها فى هذه الحالة حتى يوفيها مهرها ، لأن إعطاءها هذا الحق يؤدى إلى عدم تنفيد المقصود من العقد أصلا ، فكان هذا التأجيل إسقاطا لحقها فى التعجيل ، دون أن يسقط حق الزوج فى طاعتها •

الكفالة بالمهر

١٠٤ — وإذا لم تقبض الزوجة مهرها وقت العقد ، كان لها الحق فى طلب كفيل به ، حتى تستوثق من حصولها عليه ، فاذا تمت كفالة المهر ، كان لها الحق فى طلب المهر من زوجها أو ممن كفله أى ضمنه فى أداء المهر ، فان أداه الزوج برئت ذمته ، وانتهى الامر ، وإن أداه الكفيل كان له الحق فى الرجوع على الزوج بما أداه ، إذا كانت هذه الكفالة قد تمت بإذن الزوج ، فإن كانت بغير إذن الزوج ، كان الكفيل متبرعا فى هذه الكفالة ، وفيما ترتب عليها من أداء المهر ، ولم يكن له حق الرجوع على الزوج •

وإذا مات الكفيل قبل أن تستوفى الزوجة مهرها كان لها حق الرجوع بمهرها فى تركته . فاذا استوفت مهرها من التركة ، رجع ورثة الكفيل على الزوج بالمهر المؤدى ، إذا كانت الكفالة بأمره كما وضحنا •

١٠٥ — والكفالة عقد من عقود التبرع بالنسبة للكفيل ، سـواء أكانت باذن المكفول عنه أو بغير اذنه ، لأنها التزام من الكفيل بأداء حق لم يكن واجبا عليه . بل تبرع بالتزامه وأدائه دون مقابل ابتداء ، واثبات حق الرجوع للكفيل على المكفول عنه إذا كانت الكفالة بأمره ، لا يخرج الكفالة من عقود التبرع . لأن ما يؤديه الكفيل معرض للضياع إذا ما أفلس المكفول عنه ولم يكن عنده مال ، فكانت الكفالة تبرعا رغم ثبوت الحق فى الرجوع على المكفول عنه •

وتبرع الكفيل فى الكفالة ثابت بالنسبة للمكفول عنه وهو الزوج، وللمكفول له وهى الزوجة . أما كونها تبرعا بالنسبة للمكفول عنه ، فلان الحق وهو المهر واجب عليه ، والكفيل يؤديه عنه ، وأما كونها تبرعا بالنسبة للمكفول له وهى الزوجة ، فلان المهر يدفع إليها هى ، فكانت منفعة الكفالة عائدة إليها •

وينبنى على كون الكفالة بالمهر تبرعاً بالنسبة للزو جوبالنسـبة للزوجة . أن هذه الكفالة إذا كانت فى صحة الكفيل تنعقد صحيحة لازمة . مهما كان مقدار المهر المكفول ، وسواء أكان الزوج أو الزوجة من الاقارب أو الأجانب •

فان كانت الكفالة فى مرض موت الكفيل ، كانت تبرعا فى مرض الموت . وتبرعات المريض مرض الموت تأخذ أحكام الوصية ، فيقتصر تنفيذها على ثلث التركة لا يتعداه الا باجازة الورثة . فان كان المهر

المكفول أقل من ثلث التركة أو فى حدوده ، أخذ من التركة كاملا ، فان زاد المهر عن الثلث ، اقتصر تنفيذ الكفالة على الثلث .

وهذا الحكم ثابت سواء أكان الزوج والزوجة من ورثة الكفيل أم لم يكونا من ورثته ، طبقا للمعمول به الآن من التسوية بين الوارث وغيره فى جواز الوصية ونفاذها فى حدود الثلث ولو لم يجز الورثة(١).

والمذهب الحنفى الذى كان معمولا به من قبل يفرق بين الوارث وغيره فى حكم الوصية ، ويجعل الوصية للوارث موقوفة على إجازة باقى الورثة ولو كانت فى حدود الثلث ، بخلاف غير الوارث فان وصيته لا توقف على إجازة الورثة إلا فيما زاد على الثلث .

فيختلف حكم كفالة المهر فى المذهب الحنفى إذا كان أحد الزوجين من ورثة الكفيل عن حكمه إذا لم يكن أحد منهما من ورثته ، ويكون استيفاء المهر من تركة الكفيل موقوفا على إجازة باقى الورثة ولو كان فى حدود الثلث ، مادام أحد الزوجين من ورثة الكفيل ، بخلاف ما إذا لم يكن أحد منهما من ورثة الكفيل ، فان ما يتوقف على إجازة الورثة هو ما زاد على الثلث فقط .

١٠٦ — وإذا زوج الاب ابنه القاصر الفقير بماله من الولاية عليه، فانه لا يلزم بأداء مهره فى المذهب الحنفى ، إلا إذا كفله فى أداء المهر، فاذا لم يكن كفيلا فى المهر لم يلتزم بأدائه ، لأن المهر واجب على الزوج لا على الولى ، وتوليه عقد زواجه لا يتضمن كفالته بمهره .

---

(١) فقد نصت المادة ٣٧ من قانون الوصية على أنه : « تصح الوصية بالثلث للوارث وغيره ، وتنفذ من غير اجازة الورثة ، وتصح بما زاد على الثلث ولا تنفذ فى الزيادة الا اذا اجازها الورثة ... » .

وقد ذهب الائمة الثلاثة : مالك ، والشافعى ، وأحمد ، إلى إلزام الاب بالمهر استنادا إلى العرف الذى جرى بين الناس بدفع الآباء مهور أبنائهم . وباعتبار الابن قادرا على أداء المهر بقدرة أبيه ، ولأن القول بعدم الزام الاب بالمهر فى هذه الحـــالة يكون تغريرا بالمرأة وأوليائها الذين اعتمدوا فى رضائهم بالزوج على يسار أبيه وقدرته على أداء المهر واستعداده لذلك عرفا .

فسخ الزواج للعجز عن المهر

١٠٧ — وليس للزوجة الحق فى فسخ الزواج إذا عجز زوجها عن دفع مهرها ، مادام العقد قد استوفى شروطه ، وتحققت فيه الكفاءة وتسمية مهر المثل . وهذا فى مذهب الحنفية .

أما مالك والشافعى فيثبتان للزوجة حق طلب الفسخ فى هـــذه الحالة إلا إذا دخل الزوج بها ، فانه لا يكون لها حق فى الفسخ ، لاسقاطها الحق فيه بقبولها الدخول بها قبل أدائه .

وأما الامام أحمد فيثبت لها هذا الحق مطلقا دخل بها أو لم يدخل، وقبولها الدخول بها لا يعتبر إسقاطا لحق الفسخ عنده ، فقد يكون الدخول قد حصل على رجاء دفع المهر . فاذا يئست من قدرته على دفعه ، كان لها طلب الفسخ لعجزه عن القيام بحق من حقوق العقد .

قضـــايا المهر

١٠٨ — والخلاف بشأن المهر قد يكون فى أصل تسميته ، وقد يكون فى مقداره بعد الاتفاق على التسمية ، وقد يكون فى قبضه ، وقد يكون فى وصف المقبوض .

وهذا الخلاف قد يكون بين الزوجين فى حياتهما . أو بين أحدهما وورثة الآخر . أو بين ورثة كل منهما . ولهذه الحالات أحكام تخصها. ونبينها فيما يلى :

الاختلاف فى أصل التسمية :

١٠٩ إذا كان الخلاف بين الزوجين فى حصول التسمية وعدم حصولها ، فادعى أحدهما أن العقد قد تمت فيه تسمية المهر تسمية صحيحة . وادعى الآخر خلو العقد من التسمية ، كانت البينة على من ادعى التسمية ، فان قدم البينة حكم بمقتضاها ، وإن عجز عن تقديمها، كان القول قول الآخر بيمينه ، فان حلف على خلو المهر من التسمية كان المهر الواجب هو مهر المثل ، لما قررناه من وجوب مهر المثل ، إذا لم يشتمل العقد الصحيح على تسمية المهر تسـمية صحيحة ، إلا أنه يشترط ألا يزيد مهر المثل على مقدار ما تدعيه ، إن كانت هى التى ادعت التسمية ، وذلك لرضائها بهذا المقدار ، وألا ينقص عن المقدار الذى ادعاه الزوج ، إن كان هو مدعى التسمية ، لاعترافه بحقها إلى هذا المقدار .

وإن نكل الآخر على اليمين أى امتنع عنه حكم عليه بالمهر المسمى.

وهذا هو الحكم إذا كان الاختلاف بين الزوجين بعد الدخول أو الخلوة الصحيحة .

فاذا كان الخلاف بينهما بعد الطلاق قبل الدخول أو الخلوة . كان الواجب هو نصف المهر المسمى فى حال ثبوت التسمية . وكان الواجب هو المتعة فى حال عدم ثبوتها . بشرط ألا تزيد على نصف ما تدعيه .

إن كانت هى مدعية التسمية ، وألا تنقص على نصف ما يدعيه ، إن كان هو الذى ادعى التسمية .

والحكم فيما اذا كان الخلاف بين ورثة الزوجين أو بين أحدهما وورثة الآخر لا يختلف عن حكم الخلاف بين الزوجين عند أبى يوسف ومحمـد .

أما أبو حنيفة فيختلف الحكم عنده فى حال العجز عن إثبات المسمى حال وفاة الزوجين ، إذ لا يوجب شيئا من المهر ، لأن مهر المثل هو الذى يجب فى هذه الحالة ، والحكم به غير ممكن ، لأن موت الزوجين يدل غالبا على انقراض جيلهما وعدم وجود أقرانهما الذين يرجع إليهم فى تحديد مهر المثل .

الاختلاف فى مقدار المهر :

١١٠ — وإذا كان الخلاف بين الزوجين فى مقدار المهر المسمى بأن ادعت الزوجة أن المهر المسمى مائة ، وادعى الزوج أنه خمسون ، كانت البينة على الزوجة ، لأنها مدعية الزيادة ، واليمين على الزوج ، لأنه ينكرها ، والقاعدة الشرعية أن البينة على من ادعى واليمين على من أنكر .

فان أقامت الزوجة البينة حكم لها بما ادعته ، وإن عجزت عن تقديمها وطلبت من الزوج اليمين ، وجهت اليه اليمين . فان نكل عنها حكم لها بما ادعته أيضا ، لأن نكوله عن اليمين يتضمن اقراره بصدق دعواها . وإن حلف اليمين حكم بما ادعاه الا اذا كان ما ادعاه أقل من مهر مثلها . فيكون الواجب مهر المثل .

وإذا كان مدعى الزيادة هو الزوج ، والزوجة تنكر ذلك ، فان البينة تكون على الزوج مدعى الزيادة أيضا ، واليمين على الزوجة المنكرة •

ويتصور هذا إذا كان الزوج قد أوفاها المهر كله ، ثم طلقها قبل الدخول والخلوة ، فإن من مصلحته دعوى الزيادة فى المهر حتى يسترد من الزوجة مقدارا أكثر •

والخلاف بين أحد الزوجين وورثة الآخر أو بين ورثتهما حكمه حكم الخلاف بين الزوجين ، وهذا مذهب أبى يوسف ، خلافا لابى حنيفة ومحمد •

والمعمول به الآن هو مذهب أبى يوسف عمــلا بالمادة ٢٨٠ من لائحة المحاكم الصادرة سنة ١٩١٠ ، والتى نقلها القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ فى المادة ١٩ « إذا اختلف الزوجان فى مقدار المهر ، فالبينة على الزوجة ، فان عجزت كان القول للزوج بيمينه ، الا إذا ادعى مالا يصلح أن يكون مهرا لمثلها عرفا ، فيحكم مهر المثل ، وكذلك الحكم عند الاختلاف بل أحد الزوجين وورثة الآخر أو بين ورثتهما » •

ويلاحظ أن هذه المادة لا تعبر عن رأى أبى يوسف تعبيرا صحيحا، لأنها جعلت عبء الاثبات دائما على الزوجة ، باعتبارها مدعية الزيادة غالبا مع أن مذهب أبى يوسف يجعل عبء الاثبات على الزوج فى بعض الحالات كما سبق أن قلنا ، اذا كان هو مدعى زيادة المهر بعد إيفائه لها وطلاقها قبل الدخول والخلوة •

١١١ — وإذا اختلف الزوجان فى قبض معجل المهر ، فادعى الزوج أنه قد أوفاها معجل صداقها وأنكرت ذلك ، فان كان الخلاف بينهما قبل الدخول الحقيقى بالزوجة ، كان على الزوج الاثبات ، لأن المهر قد وجب

لها فى ذمته بمقتضى عقد الزواج ، وهو يدعى البراءة منه ، فكان عليه تقديم ما يدل على ذلك ، فان عجز عن اثبات ما ادعاه . وطلب تحليف الزوجة وجهت إليها اليمين ، فان نكلت عن اليمين حكم له أيضا ، وإن حلفت الزوجة اليمين حكم لها •

وإن كان الخلاف بينهما بعد الدخول الحقيقى ، وكان عرف البلد يجرى على ألا تزف الزوجة إلى زوجها الا بعد أن يؤدى لها معجل الصداق ، لم تصدق الزوجة فى إنكارها ، وكانت شهادة العرف كافية فى اثبات دعوى الزوج •

فان لم يوجد عرف بتعجيل المهر قبل الدخول ، كلف الزوج اثبات دعواه على الوجه الذى بيناه فى الخلاف الذى يحدث بينهما قبل الدخول •

والخلاف بين أحد الزوجين وورثة الآخر أو بين ورثتهما تطبق عليه هذه الاحكام نفسها •

الاختلاف بين الزوجين فى وصف المقبوض :

١١٢ — وقد يختلف الزوجان فى وصف ما أعطاه الزوج لزوجته ، فيدعى الزوج أن ما قدمه للزوجة من نقود أو حلى أو نحوها كان من المهر ، وتدعى الزوجة أنه هدية منه إليها •

والحكم فى ذلك أن من أثبت دعواه بالبينة حكم له . فان أقام كل منهما بينة حكم بمقتضى بينة الزوجة ، لأنها تدعى بقاء المهر فى ذمته . وهو ينكر ذلك ، والبينة تكون على من ادعى . فتكون بينتها أولى بالقبول •

وإن عجز كل منهما عن الاثبات احتكم إلى العرف ، وكان القول قول من يشهد له العرف بعد أن يؤكده باليمين . فإن كان العرف يشهد بكون المقبوض مهرا ، كما إذا كان نقودا ، فالقول قول الزوج بيمينه ، وإن كان العرف يشهد بكون المقبوض هدية ، كما إذا كان طعاما أو ثيابا ، كان القول قول الزوجة مع يمينها ، فإذا لم يكن للعرف حكم فى هذه الاشياء المقبوضة ، كان القول قول الزوج بيمينه لأنه المعطى ، فهو أعلم بوصف عطيته وهل كانت مهرا أو هدية .

وإذا حكم بأن ما أخذته الزوجة محتسب من مهرها . وكانت الزوجة قد قدمت لزوجها هدية ظنا منها أن ما قدمه إليها هدية أيضا ، كان لها الحق فى الرجوع عليه بهذه الهدية ، لأنها ما أعطتها له إلا فى مقابل هديته إليها ، وعوضا عنها . وقد تبين أن ما ظنته هدية كان مهرا .

جهاز الزوجية

١١٣ — يرى الحنفية أن تجهيز بيت الزوجية واجب على الزوج ، لأن تكاليف الحياة الزوجية تقع عليه لا على الزوجة ، كما أن نفقة الزوجة واجبة على زوجها ، ومن نفقتها إعداد مسكن الزوجية مستوفيا أدواته وجهازه •

أما المهر الذى قبضته الزوجة فليس إلا هدية وعطية من الزوج لزوجته ، ويصبح خالص حقها ، ولا تلزم بأعداد الجهاز منه • وهذا هو المعمول به •

ويرى المالكية أن تجهيز بيت الزوجية واجب على الزوجة فى حدود ما قبضته من مهر ، إلا إذا اشترط عليها الزوج جهازا أكثر من مهرها أو كان العرف قد جرى على ذلك •

وسند المالكية فيما ذهبوا إليه هو العرف الذى يجرى بين الناس قديما وحديثا على تجهيز بيت الزوجية بمهر الزوجة وبزيادة تدفع منها ومن أهلها •

ومهما يكن أمر الخلاف بين الفقهاء فى هذا الشأن ، فان العرف قد جرى على تأثيث بيت الزوجية بمهر الزوجة وبمال يدفعه بعض أهلها، فإذا زفت الزوجة بجهازها كان ملكا لها ، لا يملك الزوج الانتفاع به إلا برضاها •

فاذا قدم الزوج لزوجته مالا مقابل إعداد الجهاز أو مقابل اعداد جهاز من نوع خاص ، وكان هذا المال منفصلا عن المهر ، وجب عليها

اعداد هذا الجهاز ، فاذا زفت إليه دون إحضاره ، كان له الحق فى طلب المال الذى دفعه إليها ، لأنها أخلت بالتزاماتها ولم تعد الجهاز المطـــلوب •

وإذا كان ما قدمه الزوج لزوجته لأجل الجهاز داخلا فى المهر ، بمعنى إنه قد زاد فى المهر نظير الجهاز ، ثم لم تقم الزوجة باعداد الجهاز ، لم يجب لها المهر المسمى ، وإنما يجب لها مهر المثل ، فى رأى بعض الفقهاء •

أما عدم وجوب المهر المسمى ، فلأن الزوج قد زاد فيه من أجل الجهاز ولم تقم به ، وإذا لم يجب المهر المسمى ، كان الواجب هو مهر المثل •

ويرى غيرهم أن الواجب هو المهر المسمى بالغا ما بلغ ، وإلزامها باحضار الجهاز من هذا المهر لا يملكه الزوج ، لأن المهر قليلا أو كثيرا يصبح بعد التسمية خالص حقها •

تجهيز الأب لابنته :

١١٤ — يقوم الأب عادة بتجهيز بنته • فإن كان هذا التجهيز بمهرها ، كان الجهاز ملكاً لها ، وإن كان تجهيزها من مال الأب على سبيل التبرع منه لابنته ، فانه لا يكون ملكا لها إلا إذا قبضته ، كما هو الشأن فى جميع التبرعات ، فانها لا تملك إلا بالقبض ، وذلك إذا كانت البنت كاملة الاهلية ، فإن كانت قاصرة وفى ولاية الأب ، ملكت الجهاز بمجرد شرائه ، لأن يد الأب قائمة مقام يدها ، لما له من ولاية عليها ، فيعتبر الجهاز مقبوضا لها حكما بمجرد شرائه •

وإذا ملكت ابنت الجهاز بالقبض إذا كانت عاقلة بالغة ، أو بالشراء إذا كانت قاصرة . لم يكن للأب ولا لورثته بعد موته أن يطالبها باسترداد الجهاز المهدى إليها من أبيها ؛ فإن الهدية إلى القريب المحرم لا يجوز الرجوع فيها بعد تمامها بالقبض •

ويجب أن يلاحظ أنه إذا كان الأب مريضا مرض الموت وقت امتلاك بنته للجهاز بالقبض أو بالشراء . فإن تبرعه بجهازها يأخذ حكم الوصية ، فلا ينفذ إلا فى حدود ثلث التركة طبقا للمعمول به الآن . فاذا مات الأب من مرضه ، وكان جهازها لا يتجاوز ثلث تركة الأب ، لم يكن لباقى الورثة شأن بجهازها ، فإن كانت قيمته تتجاوز ثلث التركة ، توقفت الزيادة على اجازتهم •

الخلاف بين الأب وبنته فى صفة جهازها :

١١٥ — بعد أن يجهز الأب بنته ، قد يحصل بينه وبينها ، أو بين أحدهما وورثة الآخر ، أو بين ورثة كل منهما خلاف بشأنه ، فيدعى الأب أو ورثته أن هذا الجهاز كان عارية منه اليها ، وتدعى البنت أنه كان هدية ملكتها بالقبض ، فأيهما أقام بينة على دعواه ، حكم له بها ؛ فإن لم تكن هناك بينة ، كان القول قول من يشهد له الظاهر وهو العرف •

فإن كان العرف يشهد بأن هذا الجهاز يقدم من الأب على أنه عارية • فالقول قول الأب أو ورثته مع اليمين ، وإن كان العرف بالعكس كان القول قول الزوجة أو ورثتها مع يمينها أو يمينهم •

فإن كان العرف مشتركا لا يشهد لهذا الأمر أو ذاك . فقد اختلف الرأى فى ذلك . فرأى بعضهم أن القول قول الأب . لأنه المعطى وهو أدرى الناس بأن ما أعطاه كان هدية أو عارية . ورأى آخرون أن القول

قول البنت . لأنها واضعة اليد على الجهاز ، واليد دليل الملكية فى الظـــاهر .

الخلاف بين الزوج وزوجته فى ملكية الجهاز :

١١٦ — إذا اختلف الزوج مع زوجته فى ملكية الجهاز ، فادعى كل منهما أنه ملكه ، كان الجهاز لمن يثبت دعواه بالبينة . فإذا أثبتت الزوجة ذلك ، كان الجهاز ملــكا لها ، وإذا أثبت الزوج ذلك كان الجهـــاز ملكا له .

فإذا قدم كل منهما بينة على دعواه ، رجحت بينة من يثبت خلاف الظـــاهر .

فإن لم يكن لهما بينة ، كان القول قول من يشهد له الظاهر بيمينه . فما يكون صالحا لاستعمال الرجال فقط . كالادوات الطبية — والزوج طبيب — والآلات الهندسية — والزوج مهندس — فالقول فيه قول الزوج بيمينه ، وما لا يصلح إلا للنساء : كالحلى ، وأدوات الزينة ، والملابس النسوية ، فالقول فيه قول الزوجة بيمينها .

أما ما يصلح للرجال والنساء معا : كالأسرة ، والمفروشـــات ، والسجاجيد ، فقد اختلف رأى الائمة فيه .

فذهب أبو حنيفة ومحمد ، إلى أن القول فيه قول الزوج . لأن المسكن ملك الزوج ، ويده على ما فيه يد متصرفة ، أما الزوجة فليس لها فى المسكن ملكية . ويدها على ما فيه يد حافظة فكان الظاهر شاهدا للزوج .

وذهب أبو يوسف إلى أن القول قول المرأة فى كل ما يجهز به

مثلها عادة . لأن الظاهر يشهد لها إلى هذا القدر . عملا بالعرف الغالب بين الناس .

وذهب زفر إلى أن الجهاز يقسم بينهما ، لأن يد كل من الزوجين ثابتة على الجهاز ، ولا مرجح لأحدهما على الآخر ، فيكون الجهاز بينهما .

ورأى أبي يوسف فى هذا هو الذى يتفق مع العرف الجارى بين الناس . ويجدر الأخذ والعمل به (١) .

فإن كان النزاع فى ملكيه الجهاز بعد وفاة الزوجين أو وفاة أحدهما، فالحكم لا يختلف فى ذلك عند أبى يوسف ومحمد ، أما أبو حنيفة فيتفق الحكم عنده فى الخـــلاف بين ورثة كل منهما ، أو بين الزوج وورثة الزوجة . فإن كان الخلاف بين الزوجة وورثة الزوج ، كان القول قول الزوجة . فيما يصلح للرجال والنساء ، لأنها واضعة اليد على الجهاز، فيكون الظاهر شاهدا لها .

---

(١) ويرى الامام مالك أنه يقضى للمرأة بما هو شأن النساء ، وللرجل بما هو شأن الرجل ، أما ما يصلح لهما فيقضى به للرجل ، لأن البيت بيته عادة ، فهو واضع اليد على الجهاز ، وسواء فى ذلك ان يكون الاختلاف بين الزوجين فى مدة الزوجية أو بعد الطلاق أو بين الورثة بعـد الموت (وانظر المـدونة جـ ٣ ص ١٤٨ وتبصرة الحـكام لابن فرحـون ص ٦٣ — ٦٤) .

نفقـة الزوجـة

١١٧ — ونفقة الزوجة واجبة على زوجها شرعا ، وذليل وجوبها قوله تعالى : « أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم ، ولا تضاروهن لتضيقوا عليهن ، وإن كن أولات حمل فأنفقوا عليهن حتى يضعن حملهن » • وقوله تعالى فى شأن المطلقات : « لينفق ذو سعة من سعته، ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله ، لا يكلف الله نفسا الا ما آتاها» وقوله تعالى : « وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف » فقد أوجبت الآيات الانفاق على المطلقات مدة العدة ، وإذا كانت نفقة المطلقة واجبة على من طلقها فنفقة الزوجة واجبة على زوجها بمقتضى هذا من باب أولى (١) •

وقد جاء فى السنة ما يدل على وجوب نفقة الزوجة ، ومن ذلك قوله — ﷺ — فى خطبته يوم حجة الوداع : « اتقوا الله فى النساء ، فإنكم أخذتموهن بأمانة الله ، واستحللتم فروجهن بكلمة الله • لكم عليهن ألا يوطئن فراشكم أحدا تكرهونه ، ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف (٢) ، وقوله — ﷺ — : « أطعموهن مما تأكلون ، واكسوهن مما تكتسون ولا تضربوهن ولا تقبحوهن » •

---

(١) ويؤيد هذا قوله تعالى : « فقلنا : يا آدم ، ان هذا عدو لك ولزوجك • فلا يخرجنكما من الجنة فتشقى » حيث اقتصر على التعليل بشقاء آدم — عليه السلام — وهو الزوج ، دون زوجته حواء ، وذلك يقتضى أن الزوج هو الذى يسعى على زوجته (انظر تفسير الجلالين جـ٢ ص ٢٦ ط الحلبى) •

(٢) رواه الامام مسلم فى صحيحه •

وقد روى أن امرأة أبى سفيان اشتكت إلى رسول الله — ﷺ — بخل زوجها . وقالت : « يا رسول الله ، إن أبا سفيان رجل شحيح ، لا يعطينى من النفقة ما يكفينى ويكفى ولدى ، إلا ما آخذه من ماله بغير علمه ، فقال لها الرسول — ﷺ — : « خذى من ماله بالمعروف ما يكفيك ويكفى ولدك » .

وقد أجمع فقهاء المسلمين على وجوب نفقة الزوجة على زوجها .

ثم إن إيجاب نفقة الزوجة على زوجها هو مقتضى العقل والعدل، لأن الزوجة تكون متفرغة للزوج وللحياة الزوجية ، ومن تفرغ لحق غيره ، كانت نفقته واجبة عليه .

ويراد بنفقة الزوجة طعامها وكسوتها وسكناها .

وزاد القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ مصاريف العلاج وغير ذلك مما يقضى به الشرع وقالت المذكرة الايضـاحية أن ذلك هو مذهب الزيدية وتقتضيه نصوص فقه الامام مالك من أن ثمن الادوية وأجرة الطبيب من نفقة الزوجة .

ويلاحظ على ذلك أولا : أن المذكرة الايضاحية لم تبين مرجعها فى فقه الزيدية ولا نصا من نصوص المذهب المالكى . وبالرجوع إلى المذهبين لم يوجد فيهما شىء من ذلك .

فكتاب الروض النضير شرح مجموع الفقه الكبير فى فقه الزيدية (ج ٤ ص ٧٤) لم يذكر غير الطعام وأجرة المسكن .

وكتاب الشرح الكبير على متن خليل مع حاشية الدسوقى (ج ٢ ص ٢٠٩) يقول : يجب لها قوت وادام وكسوة ومسكن ... ولو زاد أكلها بالمرض فإن كان من نحو فاكهة ودواء فلا يلزمه وإن كان من القوت

فيلزمه . كما يقول فى ص ٥١١ (ولا يجب لها مكحلة ولا مشط ولا دواء ولا فاكهة ولا أجرة طبيب ولا ثياب الخروج ولا يقضى عليه بدخولها الحمام (أى الحمام العمومى) الا للضرورة فيقضى لهما بالخروج لا بالأجرة لأنها من باب الطب والدواء وهى لا تلزمه (١) . ثم إن النفقة تجب للزوجة ولو كانت نوسرة ، فكيف نوجب مصاريف علاجها على زوجها وقد تكون موسرة وهو فقير أو تكون أكثر يسارا منه .

ثانيا : أن القانون أدخل فى النفقة ما ليس غذاء ولا كساء ولا مسكنا ولا مصاريف علاج بقوله فى هذه المادة « وغير ذلك » فما المراد به ؟ لا تجد فى المذكرة الايضاحية ما يوضحه ويبدو أن الشيخ جاد الحق أضاف هذه العبارة ارضاء لجيهان السادات عند مراجعتها لمشروع القانون ، بدليل أن العبارة كانت « وغير ذلك مما يقضى به العرف » حينما صدر هذا القانون كقرار بقانون قبل انعقاد مجلس الشعب بأيام ومعنى ذلك انها كانت تريد أجور « الكوافير » وأثمان مواد الزينة والاصباغ والدهانات ومصاريف المصايف والمشاتى والرحلات فى الداخل والخارج ونحوها مما جرى به عرف بعض السيدات اللاتى تزعمتهم جيهان ، وأيدها الشيخ جاد الحق على طول الخط ، تلهفا على المناصب التى وصل إليها ، ويؤسفنى أن أقول ذلك ، ثم جاءت المادة « وغير ذلك مما يقضى به الشرع » .

---

(١) كذلك الحنفية والشافعية والحنابلة لا يوجبون لها مصاريف العلاج . أما الامامية الجعفرية فيرون علاجها بالدواء الذى تكثر الحاجة اليه بسبب الامراض التى قلما يخلو منها انسان ، فان كان من العلاجات الصعبة التى قلما تقع وتحتاج الى مال كثير فليست من النفقة فى شيء ولا يلزم بها الزوج (وسيلة النجاة لابى الحسن الجعفرى) .

وقد رفعت دعاوى أمام المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية هذا القانون . لأنه لا يوجد له سـند شرعى ، وهو مخـالف لاحكام الشريعة الاسلامية والفقه الاسلامى .

سبب وجوب النفقة وشرطها :

١١٨ — تجب نفقة الزوجة على زوجها بسبب تفرغ الزوجة للحياة الزوجية بناء على عقد الزوجية الصحيح .

وإذن ليس سبب وجوب النفقة هو مجرد العقد الصحيح كما هو الحال فى المهر ، بل التفرغ المترتب عليـه والذى يمكن معه تحقيق أعراض الزواج .

ولهذا يشترط فى وجوب النفقة على الزوج شروط ثلاثة :

أولا : أن يكون عقد الزواج صحيحا ، فلا نفقة للمعقود عليهـا عقدا فاسدا . حتى لو أنفق الرجل عليها ، ثم ظهر له فساد العقد ، لكون المعقود عليها أخته من الرضاع مثلا ، كان له الحق فى الرجوع عليها بما أنفق . إذا كان قد أنفق عليها بحكم القضاء ، فإن لم يكن الانفاق بحكم القاضى بل كان عن رضا منه ، لم يرجع عليها بما أنفق .

والفرق بين الحالتين أن حكم القضاء ينفى نية التبرع منه ، فيكون قد أنفق عليها تنفيذا لحكم القضاء ، على أساس أن نفقتها واجبـة عليه ، بناء على أن عقد زواجها صحيح ، فإذا تبين له هذا الفساد ، رجع عليها بتلك النفقة ، أما إذا كان الانفاق عليهـا بدون حكم من القضاء ، فإنه يكون تبرعا منـه ، إذ لم يلزمه أحـد به ، فلا يملك الرجوع فيه (١) .

---

(١) انظر رد المحتار لابن عابدين جـ٢ ص ٦٦٩ .

ثانيا : أن تكون الزوجة صالحة للحياة الزوجية •

ثالثا : ألا يفوت حق الزوج فى تفرغ الزوجة للحياة الزوجية بغير سبب شرعى •

ويترتب على هذه الشروط معرفة من تجب لها النفقة ، ومن لا تجب لها النفقة من الزوجات ، ونبين ذلك فيما يلى :

١ ـــ الزوجة الصغيرة ، ولا تجب لها النفقة اتفاقا ، إذا كانت غير صالحة لرعاية بيت الزوجية ، ولا لإيناس الزوج ، فإن كانت تصلح لواحد منهما ، ولكن لا يمكن الدخول الحقيقى بها ، وجبت لها النفقة فى رأى أبى يوسف ، لرضائه بهذا القدر ، وخالفه أبو حنيفة ومحمد ، وذهبا إلى عدم وجوب نفقتها على الزوج ، لأن المقصود الأصلى من الزواج غير ممكن الاستيفاء •

فإن كانت الزوجة صغيرة ويمكن الدخول بها ، وجبت لها النفقة باتفاق أيضا ، لأن حكم هذه الصغيرة حكم الكبيرة •

٢ ـــ الزوجة المريضة ، ولا تجب لها النفقة إذا كان مرضها شديدا لا يمكن معه زفافها إليه ، فإن كان مرضها خفيفا لا يمنع الانتقال إلى بيت الزوجية • وجبت لها النفقة سواء زفت إليه أو لم تزف ، مادامت مستعدة للانتقال لبيت الزوجية ولم تمتنع منه •

فإذا كان مرض الزوجة قد حدث بعد انتقالها إلى بيت الزوج ، فإن نفقتها تكون واجبة على زوجها ولو كان مرضها شديدا لا يمكن معه تحقق أغراض الزوجية ، لأنها قد دخلت بيت الزوجية ، فتجب عليه نفقتها • وفوات المقصود بسبب المرض أمر عارض كمرض الحيض

والنفاس ، فلا تسقط النفقة ، وليس من حسن العشرة بين الزوجين أن يكون مرضها مانعا للزوج من الإنفاق عليها • بل إنه يدعو إليه •

٣ — الزوجة المحبوسة ، ولا تجب لها النفقة سواء أكانت محبوسة فى جريمة أو دين لم تقم بوفائه ، لفوات التفرغ الذى يوجب الانفاق، ويستثنى من ذلك أن يكون حبسها بسبب حق للزوج عليها ، فأن نفقتها تكون واجبة عليه فى القــول الصحيح فى المذهب الحنفى ، لأن فوات المقصود بسبب يرجع إلى الزوج •

وواضح أن نفقة الزوجه لا تسقط إذا لم تكن محبوسة ، وكان المحبوس زوجها ، سواء أكان حبسه بسببها أو بسبب أجنبى ، لأن فوات المقصود بسبب لا دخل لها فيه •

٤ — الزوجة المغصوبة أى التى أخذت بالقوة من زوجهــا وحيل بينها وبين الرجوع إلى بيت الزوجية ، لفوات التفرغ بسبب ليس من قبل الزوج •

٥ — الزوجة المسافرة ، إذا سافرت سفرا عاديا وحدها أو مع غير محرم لها ، فلا نفقة لها ، لفوات التفرغ بسبب من جهتها ، ولعصيانها بهذا السفر الذى لم يصاحبها فيه زوجها ولا أحد محارمها •

فإن كان سفرها لأداء فريضة الحج قبل أن تنتقل إلى بيت الزوجية، لم تجب لها النفقة أيضا ، ولو لم تكن قد أدت فريضة الحج •

فإن كان سفرها لحج بعد ما انتقلت إلى بيت الزوجية ولم يكن زوجها معها ، لم تجب لها النفقة أيضا ولو كان خروجها للحج قد كان مع محرم لها . فى قول أبى حنيفة ومحمد لفوات التفرغ للحياة الزوجية وقال أبو يوسف : تجب لها نفقة الاقامة لا السفر ، إذا خرجت مع ذى

محرم لها ، لأداء الفريضة ، لأن سفرها قد كان لأداء فريضة الحج التى وجبت عليها ، وتحققت استطاعتها بوجود ذى الرحم المحرم الذى صاحبها .

فإن كان الحج الذى خرجت من أجله تطوعا لم تستحق النفقة اتفـاقا .

أما إذا خرج زوجها معها لأداء الحج ، فإن نفقتها تجب عليه بالاتفاق ، وتكون النفقة الواجبة هى نفقة الاقامة لا نفقة السفر . إذا كان الزوج قد سافر معها من أجل حجها ، أو كان كل منهما مسافرا بقصد الحج ، إن كان الزوج هو الذى يرغب فى أداء الحج ، واستصحب معه زوجته ، فإن النفقة الواجبة تكون شاملة لنفقة السفر أيضا ، لأن سفرها من أجله ، وإن كانت تؤدى الحج تبعا .

٦ ــ الزوجة العاملة : لا يكون لها نفقة على زوجها إذا منعها من الخروج والعمل فلم تمتثل ، لفوات حقه فى التفرغ التام للحياة الزوجية فإن لم يمنعها الزوج من العمـل بمهنتهـا فى التدريس أو الطب أو التمريض أو نحوه ، وكان راضيا عن ذلك ، وجبت لها النفقة ، لرضائه بالتفرغ غير التام .

٧ ــ الزوجة الناشز : ونشوز الزوجة هو تركها لبيت الزوجية بدون سبب شرعى ، أو إباؤها الانتقال إليه بغير حق ، وتعتبر الزوجة ناشزا أيضا إذا منعت زوجها من دخول بيتها الذى يسكن معها فيه من غير أن تعطيه فرصة لإعداد مسكن الزوجية .

والناشز لا نفقة لها على زوجها مدة النشوز . لعـدم البقاء فى بيت الزوجية ، فإذا عادت إلى طاعته وجبت لها النفقـة من تاريخ

عودتها له ، ولا يعود حقها فيما سقط من نفقة عن مدة نشوزها ، لأن الساقط لا يعود . ولأن النفقة فى هذه المدة لم تكن مستحقة لها ، فلا وجه لطلبها .

ولا تعد الزوجة ناشزا إذا كان امتناعها عن طاعة زوجها بسبب شرعى ، كما إذا كان الزوج لم يؤد لها معجل صداقها ، وكما إذا كان المسكن الذى أعده لها لم يستوف المرافق والادوات اللازمة للحياة الزوجية ، أو إذا كان المسكن مشغولا بسكنى الغير .

وإذا امتنعت الزوجة عن تمكين زوجها من العشرة الزوجية مع بقائها فى منزل الزوجية ، لم يكن ذلك نشوزا يترتب عليه سقوط حقها فى النفقة لوجودها فى بيت الزوجية المحقق للطاعة بحسب الظاهر .

وإذا أراد الزوج الانتقال بزوجته إلى بلد آخر غير البلد الذى يقيمان فيه وامتنعت عن ذلك ، كانت ناشزا إذا كان الزوج أمينا على نفسها وعلى مالها ، وإذا لم يكن قصده من الانتقال بها الكيد لها أو الإضرار بها . وذلك أن الله سبحانه وتعالى يقول : « أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم ولا تضاروهن لتضيقوا عليهن » فكانت سكنى الزوجة حيث يسكن ويقيم زوجها ، من غير مضارة يقصدها الزوج فى ذلك ، ويتبين القاضى قصد المضارة أو الكيد من ظروف كل واحد من الزوجين (١) .

---

(١) وقد صدرت بالسودان مذكرة قضائية بتاريخ ١٨ يوليو سنة ١٩٠٣ — ٢٢ ربيع الآخر ١٣٢١ تفصل القول فى حق الزوج فى الانتقال بزوجته وجاء فيها : « لما كانت مصلحة الزوجين من النقلة وعدمها لا تتحد ولا تنضبط أطلقها الفقهاء من غير بيان وجهها اعتمادا على فطنة القاضى وعدالته وحكمته فإن من البين ان مجرد كون الزوج فى شخصه مأمونا على زوجته لا يكفى

=

كيفية تقــدير النفقة :

١١٩ — يتولى الزوج الانفاق على زوجته عادة بما يحضره من طعام وكسوة وغيرهما ، فتكون قد استوفت حقهــا من النفقة بهذه الطريقة التى تسمى « طريقة التمكين » أى تمكين الزوجة من الحصول على النفقة ، وهذه الطريقة هى الغالبة بين الناس •

وقد تحصل الزوجة على نفقتها بطريقة أخرى تسمى « طريقــة التمليك » فيفرض على الزوج مبلغ معين يعطيه لزوجته لتتولى هى الانفاق على نفسها ، سواء أكان هذا الفرض بتراضيهما أو بقضاء القــاضى •

وهذه النفقة التى تفرض على الزوج بالتراضى أو بقضاء القاضى، يصح أن تكون نقودا أو طعاما أو كسوة ، كما يصح أن تكون هــذه

لتحقق المصلحة فى الاجبار على النقلة ، بل لابد من مراعاة أحوال أخرى ترجع الى الزوج والى الزوجة والى البلد المنقول منها والمنتقل اليها ، كأن يكون الباعث على الانتقال مصلحة يعتد بها ، قلما يمكن الحصول عليها بدون الاغتراب ، وكأن يكون الزوج قادرا على نفقات ارتحالها كأمثالها ، وفى يده فضل يغلب على الظن أنه لو اتجر فيه مثلا لربح ما يعدل نفقته ونفقة عياله أو صناعة فنية تقوم بمعاشه ومعاشهم ، وكأن يكون الطريق بين البلدين مأمونا على النفس والعرض والمال ، وكأن تكون الزوجة بحيث تقوى على احتمال مشقة السفر من بلدها الى المكان الذى يريد نقلها اليه ، وكأن لا يكون المحل الذى يريد نقلها اليه بطبيعته منبعا للحميات والامراض والاوبئة ، وكأن لا يكون الاختلاف بين البلدين فى الحرارة والبرودة مثلا مما لا تحتمله الامزجة والطباع ، وكأن تكون كرامة الزوجة فى موضــع نقلتها محفوظة مثل كرامتها فى محلها الاصلى ، وكأن لا يلحقها بسبب الانتقال ضرر مادى أو ادبى ، الى كثير من الاعتبارات التى يلزم ملاحظتها فى مثل هذه الظروف وتختلف باختلاف الاشخاص والمواطن ولا تخفى عن القاضى الفطن ... » •

النفقة يومية ، أو أسبوعية أو شهرية ، بحسب الحالة التى يكون عليها إيراد الزوج . فإن كان عائلا باليومية قدرت نفقته يوميا . وإن كان يأخذ مرتبه أسبوعيا كانت نفقته أسبوعية ، وإن كان من أصحاب المرتبات الشهرية كانت نفقته شهرية ، تيسيرا على الزوج والزوجة فى الحصول على مقادير النفقة •

وتجرى المحاكم غالبا على فرض مبلغ من النقود لطعام الزوجة وسكناها شهريا ، وفرض مبلغ آخر لكسوتها كل ستة أشهر ، على أساس أنها تحتاج إلى كسوتين فى السنة إحداهما للشتاء والأخرى للصيف •

وفى بعض الاحيان يخالف القضاة هذه الطريقة ويحكمون على الزوج بنفقة شهرية شاملة لكل أنواع النفقة من الطعام والسكنى والكسوة •

١٢٠ — ويراعى فى تقدير هذه النفقة حالة السوق غلاء ورخصا ، حتى إنه إذا فرض القاضى نفقة للزوجة ، ثم ارتفعت الاسعار بعد ذلك ، كان لها الحق فى طلب رفعها ، وإذا انعكس الامر كان للزوج طلب تخفيضها •

أساس تقدير النفقة :

١٢١ — رأى بعض فقهاء المذهب الحنفى أن نفقة الزوجة تقدر على أساس حالها وحال الزوج ، فإذا كانا موسرين وجبت للزوجة نفقة اليسار ، وإذا كانا معسرين وجبت نفقة الاعسار . وإن كان أحدهما موسرا والآخر معسرا ، وجبت نفقة الوسط بين اليسار والإعسار . إلا إذا كان الزوج هو المعسر فإنه يؤدى ما فى وسعه ويكون ما زاد

على ذلك دينا عليه تستدينه الزوجة ممن تجب نفقتها عليه لو لم تكن متزوجة ، ليرجع به على الزوج إذا أيسر .

وقد استدل هؤلاء الفقهاء بقوله تعالى : « وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف » وقوله — ﷺ — : « خذى من مال أبى سفيان ما يكفيك وولدك بالمعروف » فقد اعتبرت الآية والحديث أساس النفقة هو المعروف وما جرى بين الناس ، وقد جرى العرف باختلاف النفقة بحسب يسار الزوجين أو اعسارهما أو إعسار أحدهما .

ورأى بعضهم أن نفقة الزوجة تقدر على حسب حال الزوج يسارا وإعسارا وتوسطا دون اعتبار لحال الزوجة ، لقوله تعالى : « لينفق ذو سعة من سعته ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله لا يكلف الله نفسا إلا ما آتاها » ولقوله تعالى : « أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم » مما يدل على اعتبار حال الزوج فقط فى تقدير النفقة .

ثم إن صلة الزوجية القائمة بين الزوجين توجب على الزوج الموسر أن ينفق على زوجته بحسب يساره وإن كانت فقيرة ، وتوجب على الزوجة أن تكتفى بما يقدر عليه زوجها إن كان فقيرا .

ورأى غيرهم أن نفقة الزوجة تقدر بحسب حالتها هى . لأن النفقة لها . فكان المعتبر فيها حالتها وكفايتها .

وقد كان العمل يجرى على الرأى الأول باعتباره أرجح الأقوال فى المذهب الحنفى ، ثم عدل عنه إلى الرأى الثانى بمقتضى المادة السادسة عشرة من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ ونصها : « تقدر

نفقة الزوجة على زوجها بحسب حال الزوج يسرا وعسرا مهما كانت حالة الزوجة » (١) .

وقد بينت المذكرة الايضاحية أسباب العدول عن الرأى الأول إلى الثانى بقولها : « بما أن هذا الحكم ليس متفقا عليه بين مذاهب الائمة الاربعة . فمذهب الشافعى ورأى صحيح فى مذهب أبى حنيفة لا تقدر النفقة الا بحسب حال الزوج مهما كانت حال الزوجة استنادا إلى صريح الكتاب الكريم .. وبما أنه لا يجب أن تأخذ الزوجة من زوجها أكثر مما يقدر عليه ، لأنها تعاقدت معه على أن ينفق عليها بما يستطيع حسب اختلاف الازمان والاحوال ، فكان من المصلحة الاخذ بمذهب الشافعى ، والرأى الآخر من مذهب أبى حنيفة فى تقدير نفقة الزوجة على زوجها » .

مســكن الزوجية :

١٢٢ ــ قلنا : إن الزوجة تستحق أجرة مسكن ، لأن السكنى من النفقة ، وهى إنما تستحق هذه الأجرة إذا لم يكن الزوج قد أعد لها مسكناً شرعياً ، فإن كان الزوج قد أعد لها هذا المسكن وطالبها بالدخول فيه ، فامتنعت دون ما سبب شرعى ، لم تجب لها النفقة ، ومنها أجرة السكنى ، لنشوزها وخروجها عن طاعته .

والمسكن يكون شرعيا إذا توافرت فيه شروط ثلاثة :

أولا : أن يكون مناسبا لحال الزوج المالية التى هى أساس تقدير النفقة . سواء أكان قصرا مستقلا أو جناحا منه أو غرفة بحسب حالة

---

(١) وكذلك حصل العدول فى السودان .

الزوج ، ويشترط أيضا أن يشتمل المسكن على الادوات والمرافق اللازمة للسكنى .

ثانيا : أن لا يكون المسكن مشغولا بسكنى أحد مهما كان قريبا من الزوج ، ويستثنى من ذلك ولده الذى لم يبلغ سن التمييز ، وذلك لكى تتحقق فيه حرية الزوجة كاملة دون مضايقات ومنازعات .

ثالثا : أن يكون المسكن بين جيران صالحين ، حتى تأمن الزوجة على نفسها وعلى مالها إن كان لها مال ، ويعتبر وجود ضرتها فى مسكن مجاور لها إخلالا بشرعية المسكن إذا كانت تتأذى من وجودها .

نفقـــة الخـــادم :

١٢٣ — وإذا كان الزوج قد بلغ من اليسار درجة بحيث تخدم زوجته ، وجبت عليه أجرة خادم لها ، لأن الخدمة من النفقة ، ويساره ينسع لدفع الأجرة . ثم لا يفرض لها أكثر من أجر خادم واحد فى رأى أبى حنيفة ومحمد ، لأن خادما واحدا يكفى ، فلا حاجة إلى من عداه، ورأى أبو يوسف أنها تستحق أجر خادمين أو أكثر بحسب حالة الزوج ويساره . وهذا هو المفتى به ، نظرا لاتفاقه مع عرف أصحاب اليسار واستعانتهم بأكثر من خادم فى شئونهم المتنوعة .

نفقة زوجة الغائب :

١٢٤ — والغائب وهو من يتعذر إحضاره إلى مجلس القضاء ، سواء أكان مختفيا فى بلده ، أو كان قد خرج منها ، إما أن يكون له مال ظاهر من جنس النفقة أى من النقود أو من الطعام ، وإما أن يكون له مال ظاهر من غيرهما كالعقار ، وإما من لا يكون له مال ظاهر .

فإذا كان للغائب مال ظاهر من النقود أو الطعام ، وكان هذا المال فى يد الزوجة ، كان لها أن تأخذ منه نفقتها فى حدود ما يكفيها بالمعروف، ومن غير حاجة إلى استصدار حكم قضائى ، لقول الرسول - ﷺ - لهند امرأة أبى سفيان : « خذى من ماله بالمعروف ما يكفيك ويكفى ولدك » .

فإذا رفعت الزوجة الأمر إلى القاضى طالبة تقدير نفقتها ، أجابها إلى طالبها ، مادامت الزوجية ثابتة لديه ، ولا يعد هذا قضاء على الزوج الغائب . لأن الزوجة لها استيفاء النفقة من المال الذى تحت يدها دون استئذان القاضى ، فكان التجاؤها إليه وحكمه لها من باب المعاونة على استيفاء حقها بتقدير نفقتها .

فإن كان هذا المال فى يد شخص آخر غير الزوجة ، بأن كان وديعة عنده أو دينا فى ذمته مثلا ، وطلبت الزوجة من القاضى فرض نفقتها وأمر المودع أو المدين بأدائها إليها من مال زوجها الذى هو تحت يده ، فإن كان المودع أو المدين مقرا بما عنده من مال ومعترفا بزوجيتها للغائب ، أو كان منكرا للمال وللزوجية ، أو منكرا لاحدهما ، فرض القاضى لها النفقة وأمره بأدائها ، إذا كان القاضى عالما بما أنكره المودع أو المدين ، بعد أن يحلفها يمين الاستيثاق ، على أنها ليست ناشزا ولا انقضت عدتها بعد طلاقها منه . وعلى أن زوجها لم يعجل لها نفقتها عن مدة غيبته . وبعد أن تقدم كفيلا بما تأخذه من النفقة ، لجواز أن تكون قد استوفتها أو أن تكون مطلقة قد انقضت عدتها . حتى إذا ما ظهر أن زوجها قد عجل لها النفقة ، أو أنه كان قد طلقها وانتهت عدتها . أو أنها كانت لا تستحق النفقة لنشوزها ، رجع عليها وعلى الكفيل بما أخذت من نفقة لا تستحقها .

فإذا كان القاضى لا يعلم ما أنكره المودع أو المدين ، وأرادت الزوجة إثبات ما أنكره ، لم يسمع القاضى بينتها عنـــد أبى حنيفة وصاحبيه : أبى يوسف ومحمد ، ولم يفرض لها نفقة ، وذلك أنه يشترط لصحة الدعوى وسماع الاثبات عليها ، أن تكون بين خصمين ، والمدعى عليه ليس خصما فى اثبات الزوجية إذا ما أنكرها ، بل الخصم فيها هو الزوج الغائب ، والقضاء على الغائب لا يجوز ، وليست هى خصما فى اثبات المال إذا ما أنكره ، بل الخصم فى اثباته صـــاحب المال ، وهو الزوج الغائب .

وقد خالف زفر فى ذلك وذهب إلى سماع دعواها وقبول بينتها على ما ينكره المدعى عليه منها ، فإذا أثبتت دعواها ، حكم لها القاضى بالنفقة على الزوج الغائب ، وأمر المودع أو المدين بأداء النفقـــة إليها مما تحت يده .

وإن كان مال الغائب من غير النقود والطعام ، فرض لها القاضى النفقة ، لتستوفيها من غلة ماله وليس لها أن تبيع أمواله — عقـــارا أو منقولا — لاستيفاء نفقتها ، باتفاق أبى حنيفة وصاحبيه ، لأن أبا حنيفة لا يجيز بيع مال المدين الحاضر جبرا عنه ، فكان بيع مال المدين الغائب ممنوعا من باب أولى ، ولأن الصاحبين إنما يقولان ببيع مال المدين إذا ثبت امتناعه عن أداء الدين ، والغائب لم يثبت امتناعه .

وإذا لم يكن للغائب مال ظاهر مطلقا ، ورفعت الزوجة أمرها إلى القضاء طالبة فرض نفقة لها على زوجها واذنها بالاستدانة عليه ، حكم لها القاضى بما طلبت ، إذا كان عالما بالزوجية ، فإن لم يكن عالما بها ، فقد اختلف أئمة المذهب الحنفى فى سماع بينتها على الزوجية اختلافهم

السابق فى حالة انكار المودع والمدين . فذهب الامام وصاحباه إلى عدم سماعها . وذهب زفر إلى سماعها والحكم لها بالنفقة بعد حلف اليمين وتقديم الكفيل .

تلك هى أحكام نفقة زوجة الغائب فى المذهب الحنفى ، والتى كان معمولا بها عند اتفاق الائمة ، وبرأى زفر عند الاختلاف تيسيرا على زوجة الغائب (١) . حتى صدر القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ ، وجاء فى مادته الخامسة : « إنه إذا كان الزوج غائبا ... فإن كان له مال ظاهر نفذ الحكم عليه بالنفقة فى ماله ... » وأصبحت بهذا نفقة زوجة الغائب كنفقة زوجة الحاضر ، فى تنفيذ النفقة فى مال الزوج الظاهر ، سواء أكان من جنس النفقة أم لم يكن من جنسها .

متى تعتبر النفقة دينا على الزوج :

١٢٥ — يرى الحنفية أن الزوجة لها ثلاث حالات :

الحالة الاولى : أن تكون النفقة غير مفروضة بتراضى الزوجين أو بقضاء القاضى ، وفى هده الحالة لا تكون نفقة الزوجة دينا على زوجها إذا كانت المدة المطلوبة عنها النفقة شهرا فأكثر ، فإذا كانت المدة أقل من ذلك كان لها الحق فى طلبها .

الحالة الثانية : أن تكون نفقة الزوجة مفروضة بالتراضى أو

---

(١) وكذلك فى السودان ، وقد صدر فى السودان المنشور الشرعى رقم ١٧ متضمنا انه ، اذا كان للزوج مال يمكن الحصول على نفقة زوجته منه نفذ الحكم بنفقتها المستحقة شرعا لها فيه سواء كان نقدا أو منقولا أو عقارا . ويجوز للزوجة اثبات مال زوجها الغائب اذا كان دينا او وديعة عند أحد واثبات عقاره أيضا للحصول على نفقتها منه » ومتضمنا احكام التطليق لاعسار الزوج بالنفقة .

بقضاء القاضى ، إلا أن الزوجة لم تؤذن من الزوج أو القاضى باستدانة النفقة ، أو كانت مأذونة باستدانتها ولكنها لم تستدنها بالفعل ، وفى هذه الحالة تكون نفقتها عن أى مدة طالت أم قصرت دينا على زوجها ، ولها أن تطالبه بها ، ولكن دين النفقة هنا يكون دينا ضعيفا يتعرض للسقوط بنشوز الزوجة أو بموت أحد الزوجين اتفاقا ، أو بحصول الطلاق فى رأى بعض فقهاء الحنفية ، وقد رجح الفقيه ابن عابدين القول بسقوط النفقة إذا كان الطلاق بسبب يرجع إلى المرأة كسوء خلقها ، فإن لم يكن بسبب من جهتها لم تسقط النفقة .

الحالة الثالثة : ان تكون نفقه الزوجة مفروضة بتراضى الزوجين أو بقضاء القاضى مع إذن الزوجة باستدانتها على زوجها ، وأن تكون الزوجة قد استدانتها فعلا ، وحينئذ تكون نفقة الزوجية دينا قويا لا يتعرض للسقوط بالامور الثلاثة السابقة .

ويرى الائمة الثلاثة : مالك ، والشافعى ، وأحمد أن نفقة الزوجة على زوجها تكون دينا قويا من وقت وجوبها على الزوج دون توقف على تراض أو قضاء ، ولا على استدانة ، لأن النفقة حق للزوجة على زوجها ، فتكون دينا عليه ، ولا تبرأ ذمته منه إلا بالأداء أو الإبراء ، كغيرها من الديون العادية .

وقد كان التطبيق القضائى يسير على مذهب الحنفية حتى رؤى العدول (١) عنه إلى مذهب الائمة الثلاثة ، نظرا لما فى العمل بمذهب الحنفية من ارهاق للمرأة ، وتعريض نفقتها للسقوط .

---

(١) وكذلك فى السودان بمقتضى المنشور الشرعى السودانى رقم ٢٨ بتاريخ ١٦ فبراير سنة ١٩٢٧ الذى نص على انه « يحكم بنفقة الزوجة عن المدة التى يثبت عدم الانفاق فيها مع يسر الزوج فيها مهما طالت المدة».

وقد تم ذلك بمقتضى القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ الذى نصت المادة الاولى منه على أنه « تعتبر نفقة الزوجة التى سلمت نفسها لزوجها ولو حكما دينا فى دمته من وقت امتناع الزوج عن الانفاق مع وجوبه . بلا توقف على قضاء أو تراض بينهما ، ولا يسقط دينها إلا بالأداء أو الإبراء » . كما نصت المادة الثانية منه على أن « المطلقة التى تستحق النفقة تعتبر نفقتها دينا كما فى المادة السابقة من تاريخ الطلاق » وذلك أن نفقة المطلقة لها نفس أحكام نفقة الزوجة (٢) .

وبذلك أصبحت نفقة الزوجة فى المدة الماضية دينا لا يسقط إلا بالأداء أو الإبراء ، فلا يسقط بالنشوز ولا بالطلاق ولا بالموت .

وقد حدث بعد ذلك أن بعض الزوجات أسأن استعمال حقهن فى طلب ما لهن من نفقة على أزواجهن فى المدة الماضية ، بقصد ارهاقهم والكيد لهم . فكانت الزوجة تسكت مدة طويلة عن المطالبة بنفقتها اعتمادا على عدم سقوطها ، ثم تطالب زوجها مرة واحدة بنفقة تلك المدة الطويلة . ويحكم لها القضاء بذلك . ثم تعمد إلى تنفيذ حكمه بالطرق المعتادة ، وبطريق الحبس عند الامتناع عن أداء النفقة المتجمدة فرأى المشرع المصرى (١) معالجة هذا الأمر مرة أخرى ، عن طريق منع سماع دعوى النفقة عن مدة ماضية لمدة تزيد على أكثر من ثلاث

---

(١) ويلاحظ ان القانون المصرى يختلف عن القانون السودانى من جهة أن الاول قد أطلق الحكم باعتبار نفقة الزوجة دينا على زوجها سواء أكان موسرا أم معسرا ، بخلاف القانون السودانى الذى قيد الحكم فى ذلك بيسار الزوج فى المدة المطلوب عنها النفقة ، وقد أخذ هذا من المذهب المالكى (انظر شرح الدردير على مختصر خليل جـ ٢ ص ٥١٧) .

(٢) وكذلك المشرع السودانى .

سنوات ميلادية ، نهايتها تاريخ رفع الدعوى (١) ، وقد جاء هذا الحكم فى الفقرة السادسة من المادة ٩٩ من القانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١(٢).

ويرى بعض العلماء أن مدة السنوات الثلاث مدة طويلة ترهق الزوج ، وتتسع للكيد والأذى بالزوج ، وأن « الأولى هو الرجوع إلى مذهب أبى حنيفة فى هذا ، فإن النساء فى مصر قسمان : قسم لا يلجأ قط إلى المحاكم ، وهؤلاء لا ينتفعن من ذلك ، وقسم يلجأ إلى المحاكم بمجرد مغاضبة الزوج ، وامتناعه عن الانفاق ، وهؤلاء يجدن فى الثلاث سنين بابا للكيد والاذى » (٣) .

ونرى أن العودة إلى مذهب أبى حنيفة تضر بالمرأة وبالأسرة إذ قد تضطر المرأة إلى الاسراع فى مخاصمة زوجها وإلى استعجال المطالبة بنفقتها حتى لا تسقط .

وقد يكون فى تخفيض المدة التى تسمع فيها دعوى النفقة عن المدة الماضية ما يكفى لرفع الضرر عن الازواج .

وهذا ما نصت عليه المادة الثانية من القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ « لا تسمع دعوى النفقة عن مدة ماضية لأكثر من سنة نهايتها تاريخ رفع الدعوى » .

---

(١) وتعتبر الدعوى مرفوعة أمام المحكمة من تاريخ قيدها فى جدولها العمومى تطبيقا لنص المادة ٥٩ من القانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ .

(٢) وفى المنشور الشرعى السودانى رقم ٤٥ الصادر فى ١٨ مارس سنة ١٩٣٦ .

(٣) انظر الاحوال الشخصية للاستاذ الشيخ أبو زهرة صفحة ٢٥٠ .

الحبس فى دين النفقة :

١٢٦ — اذا حكم للزوجة بنفقة على زوجها ، فامتنع من أداء النفقه إليها مع قدرته ويساره ، كان لها الحق فى طلب حبسه ، ويجيبها القضاء إلى ذلك ، حملا له على أداء النفقة . ولهذا كانت مدة الحبس مفوضة إلى القاضى (١) ، فإن الناس تختلف فى أثر الحبس بالنسبة إليهم . وقد نص القانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ فى المادة ٣٤٧ على أنه « إذا امتنع المحكوم عليه من تنفيذ الحكم الصادر فى النفقات . أو فى أجرة الحضانة أو الرضاعة أو المسكن ، يرفع ذلك إلى المحكمة الجزئية التى أصدرت الحكم أو التى بدائرتها محل التنفيذ ، ومتى ثبت لديها أن المحكوم عليه قادر على القيام بما حكم به وأمرته ولم يمتثل حكمت بحبسه ، ولا يجوز أن تزيد مدة الحبس عن ثلاثين يوما . أما إذا أدى المحكوم عليه ما حكم به . أو أحضر كفيلا فإنه يخلى سبيله وهذا لا يمنع من تنفيذ الحكم بالطرق الاعتيادية » .

ونرى من هذا أن مدة الحبس لا تتجاوز ثلاثين يوما ، وأنه يجب إخلاء سبيل الزوج إذا أدى النفقة المطلوبة أو أحضر كفيلا قادرا يضمنه فى أدائها ، ويلاحظ أنه ليس للزوجة أن تطالب بحبس الكفيل عند امتناعه عن أداء النفقة ، وليس لها إلا التنفيذ عليه فى ماله(٢) .

---

(١) يروى عن ابى حنيفة ان اقل مدة للحبس شهر واكثرها ستة أشهر .

(٢) وكذلك يحبس الزوج الموسر اذا امتنع عن أداء النفقة المحكوم بها تطبيقا لنصوص القانون السودانى الذى يجيز حبس المدين مطلقا سواء اكان دين نفقة أو غيرها اذا رفض او اهمل اداء الدين المحكوم به او جزءا منه او فضل احد دائنيه على باقيهم مع علمه بعدم قدرته على دفع ديونه كلها . او تصرف فى ماله بسوء نية بقصد منع تنفيذ الحكم او تأخيره . والاصل فى جواز حبس المدين الموسر قوله — ﷺ — : « لى الواجد ظلم يحل عقوبته » واللى معناه المطل وعدم اداء الحق ، والواجد هو الذى يجد ما يؤديه ، وهو الغنى القادر على الاداء .

الكفـــالة بالنفقة :

١٢٧ – إذا كانت النفقة مفروضة ، وتجمد منها للزوجة مقدار معين فى مدة مضت ، جاز أخذ كفيل بالنفقة المتجمدة ، لأنها دين ثابت فى ذمة الزوج ، فمن حق الزوجة أن تطلب كفيلا يضمن أداءه .

أماالنفقة المستقبلة ، فتجوز الكفالة بها أيضا فى مدة شهر فقط عند أبى حنيفة ، ولا تجوز عما زاد على ذلك ، لآن نفقة ما زاد على شهر لم تجب بعد ، فلا تجوز الكفالة بدين غير واجب ، وذهب أبو يوسف إلى جواز الكفالة فى النفقة المستقبلة طالت المدة أم قصرت ، رفقا بالزوجة ، وإعانة لها على اســتيفاء نفقتها ، والراجح ما ذهب إليه أبو يوسف .

وإذا لم تكن النفقة مفروضة ، فبعض الفقهاء المتأخرين يرى جواز الكفالة بها كالنفقة المفروضة ، على الخلاف الذى بيناه بين أبى حنيفة وأبى يوسف ، ويرى بعضهم عدم جواز الكفالة إذا كان الزوج حاضرا ، وجوازها إذا كان الزوج غائبا (١) .

هذا ما يتعلق بجواز الكفالة .

ولكن هل يجبر القاضى الزوج على تقديم الكفيل إذا طلبت الزوجة؟

يرى المذهب الحنفى أنه لا يجبر الزوج على ذلك مادام موجودا لا يغيب ، فإن كان يغيب ويطيل الغيبة ، أجبره القاضى على تقديم كفيل بنفقة المدة التى يغيبها إذا كانت معلومة ، فإن لم تعلم المدة أجبره على تقديم كفيل بشهر واحد فقط ، وهذا عند أبى يوسف ، ويرى أبو حنيفة عدم إجباره على تقديم كفيلا مطلقا ، لأن النفقة لم تثبت دينا

---

(١) انظر رد المحتار على الدر المختار ج ٤ ص ٢٢٦ .

على الزوج بعد • فلا يجبر على تقديم كفيل بدين غير واجب عليه ، والراجح فى هذا أيضا هو ما ذهب إليه أبو يوسف ، لما فيه من احتياط لحق الزوجة •

المقاصة بدين النفقة :

١٢٨ ــ قد يكون للزوج دين على زوجته ، فهل يجوز لها أن تطلب إسقاط دينه مقابل دين نفقتها ؟ وهل يجوز له أن يطلب إسقاط دين نفقتها الواجب عليه فى نظير دينه الواجب عليها ؟ وهو ما يسمى بالمقاصة بين الدائنين •

يرى المذهب الحنفى أن الزوجة لها الحق فى ذلك إذا كان دين نفقتها ضعيفا معرضا للسقوط ، الا إذا رضى الزوج بذلك ، لعدم تساوى الدينين فى القوة ، فلابد من موافقة الزوج صاحب الدين القوى ، فإن كان الدين قويا بأن كانت النفقة مفروضة ومستدانة بالفعل بناء على إذن القاضى ، كان لها الحق فى ذلك لتساوى الدينين حينئذ •

أما الزوج فيجوز له ذلك دائما لتساوى دينه مع دينها أو لقوته ، ولكن بعد أن اعتبرت نفقة الزوجة دينا قويا كغيرها من الديون بمقتضى القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ أصبحت هذه المقاصة جائزة إذا ما طلبتها الزوجة أيضا ، لتساوى الدينين فى القوة •

وإعطاء الزوج الحق فى إسقاط دين النفقة نظير ما له من دين على الزوجة ، فيه إضرار بالمرأة الفقيرة ، التى تحتاج لنفقتها فى سبيل المحافظة على حياتها •

ولهذا يرى بعض العلماء العدول عن مذهب أبى حنيفة فى ذلك إلى مذهب أحمد الذى لا يجيب الزوج إلى طلب المقاصة إلا إذا كانت الزوجة موسرة أو رضيت بالمقاصة (١) .

---

(١) واشتمل مشروع القانون المقترح فى سنة ١٩١٦ فى المادة ١٢٤ منه على انه : « اذا طلبت الزوجة مقاصة دين نفقتها بما عليها لزوجها اجيبت الى طلبها ولو لم يرض ، واذا طلب الزوج مقاصة دين نفقتها بماله عليها لايجاب الى طلبه الا اذا كانت الزوجة موسرة قادرة على أداء الدين من مالها ، فان لم تكن كذلك فلا يحتسب عليها بدينه شيئا من نفقتها » .

ويقول ابن قدامة فى المغنى « ومن وجبت عليه نفقة امراته ، وكان له عليها دين ، فاراد ان يحتسب عليها بدينه مكان نفقتها ، فان كانت موسرة فله ذلك ، لأن من عليه حق فله أن يقضيه من اى أمواله شاء ، وهذا من ماله ، وان كانت معسرة لم يكن له ذلك ، لأن قضاء الدين انما يجب فى الفاضل من قوته ، وهذا لا يفضل عنها ، ولأن الله تعالى امر بانظار المعسر بقوله : « وان كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة » فيجب انظارها بما عليها» .

الفهرس

الفهرس

في هذا الكتاب

أحكام الأسرة والعدول عن عنوان الأحوال الشخصية وسبب ذلك.

الزواج وحكمته، ومتى يكون فرضا ومتى يكون مستحبا أو مكروها ؟

وصفات الزوجة الصالحة التي هي أساس البيت الصالح .

الخطبة والعدول عنها ، ومصير المهر والهدايا بعد العدول .

بيان أن زواج المتعة باطل ، ولايجوز ،

وفتوى مهمة من الشيخ شلتوت أنه ليس من الشريعة الإسلامية.

أنواع المحرمات من النساء .

الحكمة في تعدد الزوجات .

الكفاءة في الزواج ومعناها وآراء الفقهاء في اعتبارها.

حكم الزواج الباطل والزواج الفاسد والزواج الموقوف ،

والزواج غير اللازم. والزواج اللازم .

الحقوق المشتركة بين الزوج والزوجة.

أحكام المهر، وتقديره وما يصلح أن يكون مهراً، وصاحب الحق

في المهر. ودقائق أخرى مهمة.

الأحكام المشتركة بين الدخول الحقيقي والخلوة الصحيحة .

جهاز الزوجية، وتجهيز الأب لابنته ، والخلاف بين الأب وابنته

في صفة جهازها، والخلاف بين الزوج وزوجته في ملكية الجهاز .

نفقة الزوجة. ومتى تعتبر النفقة دينا على الزوج .

وخلال ذلك مواضيع أخرى كثيرة مهمة يحسن معرفتها مع تعجب المؤلف من مواقف بعض العلماء المشهورين في قضايا مصيرية.

مع شرح ونقد القانون ١٠٠ لسنة ١٩٨٥م الشهير .

التوزيع : هاتف / ٠١١٣٦٨٩٩٥٤